

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Desarrollo Constitucional Chileno desde la
Constitución de 1980**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Víctor Manuel Rebolledo

DIRECTOR

José Iturmendi Morales

Madrid, 2017

Tesis Doctoral “Desarrollo Constitucional Chileno desde la Constitución de 1980”

Víctor Manuel Rebolledo

Tesis de Doctorado.

Director de la Tesis: Prof. José Iturmendi Morales

Resumen

La tesis se propuso examinar el proceso constitucional chileno desde el otorgamiento de la Constitución de 1980 en adelante y el complejo camino que el país ha recorrido, en función de ir reestructurando un código constitucional conforme a los cánones del constitucionalismo democrático, que inspiraron su desarrollo constitucional desde la independencia. En la medida en que el proceso constitucional chileno que arrancó en 1980 sigue abierto, el trabajo buscó abordar, junto a la génesis, carácter y reformas de la Constitución de 1980, de un modo particular, el momento constitucional actual donde se ha puesto en movimiento por el Gobierno, un proceso constituyente destinado a dictar una nueva Constitución .

La tesis examina en primer lugar, los aspectos fundamentales de todos los textos constitucionales chilenos anteriores a 1973, concluyendo que el desarrollo constitucional chileno tuvo siempre su inspiración doctrinaria en los principios del constitucionalismo liberal y democrático. Se analiza luego, la constitución de 1980 desde su génesis hasta su contenido normativo, para concluir que comporta un quiebre doctrinario fundamental con el constitucionalismo chileno anterior a 1973, al consagrar un régimen político autoritario, no democrático, de pluralismo restringido, tutelado por las fuerzas armadas.

Después de examinar las principales reformas a la Constitución de 1980, se aborda, el momento constitucional actual, proponiendo un arreglo constitucional consensual para una nueva Constitución, que culmine el proceso de conciliar la Constitución chilena de manera plena con los principios de un régimen político democrático, y que se haga cargo de poner al día la norma jurídica en relación a los enormes cambios de la realidad política de las últimas cuatro décadas. La tesis propone que el modo en que este proceso garantice continuidad jurídica y se haga bajo el imperio de la ley, es que se lleve adelante en ejercicio del poder constituyente derivado.

Abstract

The purpose of this thesis was to analyze the Chilean constitutional process from the granting of the political Constitution of 1980 onwards. The complex path that the country has gone through based on the restructuration of a constitutional code under the canons of a democratic constitutionalism that inspired its constitutional development since the independence itself. To the extent that the Chilean constitutional process that started in 1980 is still open, this work seeks to address the current constitutional moment, where it has been set in motion by the government a constituent process intended to promulgate a new political constitution.

The thesis examines, in the first place, the major aspects of all the Chilean constitutional doctrine prior to 1973, concluding that its constitutional development always had its inspiration in the principles of liberal democratic constitutionalism. Secondly, the constitution of 1980 is analyzed, from its genesis to its fundamental normative content, concluding that it involves break with the previous doctrinarian Chilean constitutionalism before 1973, by consecrating a non democratic, authoritarian regime, with a restricted pluralism and protected by the military forces.

After an exhaustive look at the main reforms to the constitution of 1980, it was analyzed the current constitutional moment of the country, proposing a consensual constitutional arrangement for a new political Constitution, which would complete the process of reconciling the Chilean Constitution fully with the principles of a democratic political regime, updating the legislation to the enormous changes that the political reality has gone through in the last four decades. The thesis suggests for this process to ensure legal continuity and for it to be done under the rule of law, it should be carried out in the performance of a derived constituent power.

PRIMERA PARTE

“DESARROLLO CONSTITUCIONAL CHILENO DESDE LA INDEPENDENCIA EN 1810 HASTA EL GOLPE DE ESTADO DE 1973”

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta primera parte es analizar el desarrollo constitucional de Chile, examinando de qué modo los textos de las sucesivas Constituciones Políticas a lo largo de nuestra vida republicana, desde los primeros Reglamentos Constitucionales de la Patria Vieja -período que va desde la Primera Junta Nacional de Gobierno el 18 de Septiembre de 1810 hasta el 2 de Octubre de 1814 con la derrota de Rancagua, fecha que marca el hito de la reconquista española - hasta la Constitución de 1925 y sus reformas más relevantes, fueron evolucionando en la dirección de configurar y organizar al país como una república bajo los parámetros de un estado de derecho, o dan cuenta de un proceso de *progresiva y sistemática incorporación de los principios del constitucionalismo clásico a nuestros ordenamientos jurídicos fundamentales*.¹

No es el propósito de esta primera parte del trabajo, por consiguiente, desarrollar un análisis detallado de la normativa de las sucesivas constituciones que han regido nuestra vida republicana. Tampoco detenernos en las complejas

¹ Verdugo Marinkovic, Mario. Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile. Revista de Derecho Público 19-20 1976

coyunturas políticas y sociales o episodios históricos que antecedieron y estuvieron en la base, constituyendo antecedentes de la generación de los sucesivos textos constitucionales, elementos a los que haremos las referencias indispensables siempre de manera sucinta.

El examen de los antecedentes del desarrollo constitucional chileno desde la independencia en 1810 hasta el golpe de estado de las Fuerzas Armadas en 1973, se propone evidenciar, en el capítulo pertinente de este trabajo, hasta qué punto y con qué radicalidad la Constitución Política de 1980, dictada por la Junta Militar de Gobierno, en ejercicio del poder constituyente que se había auto conferido, comporta un quiebre doctrinal esencial con el desarrollo del constitucionalismo democrático chileno hasta 1973, que explica por otra parte, porque pese a las numerosísimas reformas hechas a la Constitución de 1980, desde 1989 hasta la fecha, en el 2015 estemos en presencia de un momento constitucional donde se ha abierto paso en amplios sectores un debate, que desde diversas ópticas políticas, doctrinarias, o desde la academia, han puesto a la orden del día la necesidad de un cambio constitucional profundo y en donde el Gobierno de la Presidenta Bachelet se ha hecho cargo del tema anunciando el inicio de un “proceso constituyente” que debería culminar en una Nueva Constitución Política generada en democracia.

Entre el 18 de Septiembre de 1810, fecha de la Primera Junta de Gobierno que marca el punto de partida de Chile como república independiente, hasta el 11 de Septiembre de 1973, fecha del golpe de estado de las Fuerzas Armadas, que quiebra la institucionalidad democrática del país, lo que caracteriza el proceso constitucional chileno, desde el primer Reglamento Constitucional de 1811 hasta las últimas reformas relevantes introducidas en 1971 a la Constitución de 1925, es una larga marcha de desarrollo institucional, caracterizado por una vocación temprana y perseverante, presente en todas las etapas del desarrollo de nuestra historia republicana, de los liderazgos políticos dirigentes, de regular la

organización del estado y del poder, mediante una norma jurídica fundamental y de someterse a su imperio por una parte, y de reconocer su fuente de legitimidad en el pueblo por la otra.

“Pocos pueblos, en la América Latina han sido tan celosos como el chileno en el culto a sus libertades públicas y en el afán de asegurar sobre bases republicanas una digna convivencia”²

Ello explica que a diferencia de otras naciones de Hispanoamérica que se independizaron igual que Chile a principios del siglo XIX, que pasaron por muy prolongados períodos de anarquía y caudillismos o de regímenes políticos no republicanos, antes de instalar un orden constitucional democrático, Chile a lo largo de los 163 años de vida republicana que van desde 1810 hasta 1973, desarrolló su vida política bajo el imperio de la Constitución, con períodos muy acotados, en que la anarquía o breves situaciones con gobiernos de facto presidieron la vida política sin sometimiento al imperio de la Ley Fundamental. (Ello naturalmente independientemente del carácter mas nominal o mas normativo que tuvieron en distintos períodos históricos los textos constitucionales.)

Los historiadores coinciden en que ello ocurrió en el período entre 1823 y 1929 conocido como de la anarquía, que se inicia con la abdicación de O’Higgins y culmina con el triunfo conservador en la batalla de Lircay. Ya en el siglo XX en el período que va desde la dimisión de Arturo Alessandri en 1924 hasta su elección constitucional por segunda vez como Presidente de la República en 1932 y que algunos historiadores han llamado segunda anarquía.

Excluidos estos interregnos, la vida política de Chile como república transcurrió hasta 1973 bajo el imperio de Constituciones Políticas que presidieron buena parte de nuestra historia republicana.

² Alessandri Rodríguez Fernando. En prólogo a Anales de la Republica compilación Valencia Avaria Luis. Ed. Andrés Bello. 1951

En el hecho la Constitución de 1833 que marcó un paso fundamental en la organización de la república rigió por 92 años hasta 1925, y la Constitución de 1925 rigió por 58 años hasta 1973.

*“Entre más de 200 constituciones promulgadas en los países hispánicos de ambos mundos desde 1811 hasta ahora, la de 1833 es una de las cinco que sobrepasaron el medio siglo de vigencia. Primera en lograrlo fue la imperial de Brasil de 1824 que rigió hasta el fin de la monarquía en 1889. Después vino la de Argentina de 1853 cuya vigencia efectiva se prolongó de 1860 hasta 1903”*³

Por otra parte, el proceso constitucional chileno se singulariza por una progresión sostenida, hacia ordenamientos constitucionales cada vez mas apegados al modelo constitucional liberal democrático y a organizar la república como un estado de derecho. La tendencia general de nuestro desarrollo constitucional ha sido la señalada, no obstante no ha sido un proceso absolutamente lineal.

Para decirlo con las palabras del profesor Fernando Campos Harriet: *“al hacer una breve síntesis de nuestra historia constitucional y de la evolución política, social y económica de nuestro país, desde los luminosos y turbulentos días de nuestra independencia, hemos estudiado períodos en que la ley y principalmente la ley orgánica constitucional - cabeza esqueleto y armazón de la vida cívica de un pueblo civilizado – ha sido estructurada, ensayada, establecida, respetada y en ocasiones so pretexto de defenderla atropellada.”*⁴

En efecto, todos los aspectos señalados por el profesor Campos han estado presentes en nuestro proceso de desarrollo constitucional.

Los períodos ya señalados en los cuales el imperio de la ley y la Constitución fueron sobrepasados por el autoritarismo o la anarquía. Períodos de

³ Carrasco Sergio. Génesis y Vigencia de los textos constitucionales chilenos. Editorial jurídica de Chile 2002

⁴ Campos Harriet Fernando. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE CHILE. Editorial Jurídica de Chile. 1983

ensayos constitucionales antes de 1933 en que se elaboraron textos constitucionales de corte liberal avanzado, pero que tuvieron el carácter de textos constitucionales nominales que no se condecían con el precario e incipiente desarrollo político de nuestra joven república.

No obstante lo que marca la línea gruesa de nuestro desarrollo constitucional es la vocación temprana y permanente del liderazgo político de la república, de organizar el estado y someter su poder al imperio de la ley y la Constitución por una parte, y la orientación de nuestro desarrollo constitucional en una línea de progreso permanente y evolución de nuestras instituciones republicanas, en la perspectiva de avanzar en ir construyendo una república democrática, organizada institucionalmente bajo las formas de un estado de derecho.

Como se señaló en la introducción, desde que en 1932 Robert Von Mohl acuñó el término estado de derecho – Rechtsstaat- el concepto ha tenido un desarrollo en la doctrina, partiendo de la base que no todo estado aun cuando haya creado un cuerpo normativo, esto es un conjunto de normas jurídicas, es un estado de derecho.

Para analizar el desarrollo constitucional chileno entendido como se ha enunciado, como un proceso progresivo que en sucesivos textos constitucionales, desde el Reglamento Constitucional de 1811, hasta las relevantes reformas de 1971 a la Constitución de 1925, fueron apegando nuestras instituciones y la organización de nuestro estado republicano, a un orden democrático, organizado como un estado de derecho, lo haremos con referencia a las características que ya hemos señalado, que la doctrina le reconoce como exigencias fundamentales y condición sine qua non a un estado de derecho.

1.- El imperio de la ley. La ley como expresión de la soberanía del pueblo dictada por un órgano representativo elegido por este en elecciones libres.

- 2.- División del poder estatal en ejecutivo, legislativo y judicial.
- 3.- Legalidad de la Administración. Control de legalidad de actos en ejercicio de potestad reglamentaria del ejecutivo. Control de constitucionalidad de la legislación. Control jurisdiccional.
- 4.- Consagración de derechos fundamentales, Mecanismos de garantía de su realización y protección.

CAPÍTULO PRIMERO.

PERIODO CONSTITUCIONAL DE LA PATRIA VIEJA 1810-1813.

En general los historiadores del derecho y los tratadistas del derecho constitucional tienden a reconocer como un primer periodo de nuestro desarrollo constitucional el que va desde la primera Junta Nacional de Gobierno en 1810 hasta Febrero de 1818 fecha en que O’Higgins es nombrado Director Supremo después de la batalla de Chacabuco que marca la victoria militar decisiva sobre España. Este periodo que ha sido denominado, por tratadistas de derecho constitucional y los historiadores del derecho, como período de Reglamentos Constitucionales de la Patria Vieja, y se inicia con el Reglamento Constitucional de 1811.

1.- REGLAMENTO CONSTITUCIONAL DE 1811

Antecedentes históricos de su gestación.

La invasión de España por Napoleón, la abdicación y apresamiento de los Reyes Carlos IV y Fernando VII, sumado a otros factores dieron lugar el 18 de Septiembre de 1810 a la formación de la primera Junta Nacional de Gobierno, que dio inicio al proceso de emancipación que culminaría con el estado de Chile como un país independiente. La instalación de la Primera Junta consagró la tesis

del desconocimiento del Consejo de Regencia Español establecido en Cádiz a raíz de la invasión napoleónica y el nombramiento efectuado por este Consejo de don Francisco Javier de Elio como Presidente de Chile. Mas allá de la discusión historiográfica, de si la Junta de Gobierno de 1810 significó solo una nacionalización del gobierno de Chile sin independizarlo completamente de la monarquía española, lo cierto es que la Junta al convocar al primer Congreso Nacional da curso a la primera expresión del derecho público nacional que es el Reglamento Constitucional de 1811, el que producto de las deliberaciones del Congreso Nacional, entró en vigencia el 14 de Agosto de 1811 bajo el nombre de:

“REGLAMENTO PARA EL ARREGLO DE LA AUTORIDAD EJECUTIVA PROVISORIA DE CHILE”.

No obstante que todos los autores que se han ocupado de la historia constitucional de Chile, están contestes en reconocer el Reglamento Constitucional de 1811, como el primer eslabón de la cadena de textos Constitucionales que dan forma al desarrollo constitucional de la república, se trata de un texto inevitablemente precario, que recibió no pocas críticas de los tratadistas.

Consta de 19 artículos cuyos contenidos distan mucho de aquellos que puedan dotar a un texto de una naturaleza jurídica, que permitan caracterizarlo como una Constitución.

No obstante que en el preámbulo señala; “*El Congreso Representativo del reino de Chile, convencido íntimamente, no solo de la necesidad de dividir los poderes, si no de la importancia de fijar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetos*”⁵ en su articulado no va contemplar la división de poderes. No menciona al poder judicial y las facultades propias del poder

⁵ Valencia Avaria Luis. Anales de la Republica, página 40

ejecutivo las entrega al Congreso, estableciendo en su artículo 13 una Autoridad Ejecutiva de tres miembros, con un secretario asesor de competencias muy limitadas y subordinada al Congreso. Tampoco estableció el texto de 1811 ni consagró un listado de derechos fundamentales ni garantías individuales propias de un texto constitucional.

No obstante que como se señaló, el Reglamento de 1811 ha sido muy criticado por diversos tratadistas, por ejemplo Luis Galdames lo califica de *“pobrísimos y confusos en sus disposiciones, redactados sin duda por una mano extraña a la que había intervenido en las actas provisionales del congreso”*,⁶ sostengo que tanto los fundamentos invocados por la elite criolla en el poder, que convoca al Primer Congreso Nacional para dar curso a su elaboración y aprobación, así como elementos contenidos en su articulado, permiten identificar ya en este primer prospecto de ordenamiento fundamental elementos del constitucionalismo clásico.

Desde luego cabe destacar la vocación inmediata de la Junta de Gobierno de convocar al primer Congreso Nacional, con el propósito de dictar una norma legal que organizara el gobierno y someterse a su imperio.

Por otra parte, el discurso del diputado por Concepción Martínez de Rosas el 4 de Julio de 1811 en la apertura del primer Congreso Nacional, cuando señala *“En el único modo posible y legal se ve por la primera vez congregado el pueblo chileno. En las respetables personas dignas de generar confianza en cuya elección han tenido parte todos sus habitantes, se reúne para tratar el más grave, delicado e importante negocio que recuerda la memoria”*⁷ y luego refiriéndose al objeto de redactar una Constitución señala *“Debemos emprender este trabajo porque es necesario porque nos lo ordena el pueblo depositario de*

⁶ Galdames, Luis. La Evolución Constitucional de Chile. Impr. Balcels, Santiago de Chile 1925, tomo 1 pg. 174

⁷ Citado por Luis Galdames en obra citada. Tomo 1 página 152

la suprema autoridad, porque no esperamos este auxilio de la metrópoli”⁸, así como el texto de la convocatoria al primer Congreso Nacional cuando señala “Los representantes de todas las provincias y los partidos deben reunirse en esta capital para acordar el sistema que más conviene a su régimen, seguridad y prosperidad durante la ausencia del rey. Ellos deben discutir, examinar y resolver tranquila y pacíficamente que género de gobierno es a propósito para el país en las presentes circunstancias, deben dictar reglas a las diferentes autoridades, determinar su duración y facultades, deben establecer los medios de conservar la seguridad interior y exterior, y de fomentar los arbitrios que den ocupación a la clase menesterosa del pueblo, que la hagan virtuosa, la multipliquen y la retengan en la quietud y tranquilidad de que tanto depende la del Estado, y en fin deben tratar de la felicidad general de un pueblo que deposita en sus manos la suerte de su prosperidad”⁹, dan cuenta que los ilustrados criollos padres de la patria se apegaron desde el primer momento a la doctrina de que la ley fundamental tenía su fuente de legitimidad en la soberanía del pueblo y de someter los órganos de gobierno que esta consagrara a su imperio.

En cuanto al contenido material de su articulado, no obstante su ya señalada precariedad, concuerdo con el profesor Mario Verdugo en reconocer *“en este embrión de ordenamiento fundamental principios del constitucionalismo clásico.”¹⁰*

En el Preámbulo del Reglamento se proclama: *“la necesidad de dividir los poderes y la importancia de fijar los límites de cada uno, sin confundir ni comprometer sus objetos”, para declarar a continuación “a la faz de la tierra, que tal propósito el mas espinoso en todo Estado, no es posible concretar por el momento . Por tanto, ha resuelto delegar interinamente el conocimiento de*

⁸ Citado por Luis Galdames en obra citada. Tomo 1 página 152

⁹ Valencia Avaria Luis Obra citada 40

¹⁰ Verdugo Mario ob. citada

negocios y trasgresiones particulares de la ley, a un cuerpo colegiado que se instalará con el título de Autoridad Ejecutiva provisoria de Chile".¹¹

Por otra parte, el Artículo 19 establece un plazo para el mandato de la Autoridad Ejecutiva. *"Su duración es pendiente de la Constitución del caso, y no formada esta en el perentorio término de un año, expirará en el la comisión."*¹²

No obstante que el texto del Reglamento como se señaló, no consagró la división de poderes, el Artículo 9 estableció: *"La Autoridad Ejecutiva no conocerá causas de justicia entre partes, sino en las del puro gobierno, hacienda y guerra"*¹³

Finalmente en este plano hay que destacar el Artículo 13 del Reglamento de 1811. *"La autoridad ejecutiva llenará su objeto conforme a la ley vigente".*¹⁴

2.- EL REGLAMENTO CONSTITUCIONAL DE 1812.

Antecedentes históricos de su gestación.

Dominado el Congreso de 1811 por elementos moderados en el proceso independentista y desplazada la influencia de los elementos mas comprometidos con la causa de la independencia, se produce el Golpe de Estado de José Miguel Carrera,¹⁵ el 4 de Septiembre de 1811. Carrera nombra una nueva Junta de Gobierno y modifica la estructura del Congreso reemplazando algunos miembros, por elementos mas comprometidos con la independencia. Carrera asumió como "Autoridad Suprema Provisional" luego integró una Junta Provisional de Gobierno de tres miembros que el 12 de Agosto de 1812 designó una Comisión con el propósito de elaborar un nuevo Reglamento Constitucional.

¹¹ texto Reglamento 1811 en Valencia Avaria Luis

¹² Ídem.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ José Miguel Carrera perteneciente a una familia criolla relevante, había regresado de España con el prestigio de haber combatido en las filas de la corona española contra las fuerzas francesas de Napoleón alcanzando el grado de sargento mayor del Regimiento Húsares de Galicia. Fue junto a O'Higgins el líder principal del periodo de la Patria Vieja.

REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO

Con ese nombre el 26 de Octubre de 1812 fue aprobado por el Gobierno, y el día 27 se abrió por tres días un registro público para su ratificación que fue hecha por 325 personas, todas por la afirmativa.

El reglamento de 1812 como todos los ensayos constitucionales que van de 1811 a 1828, tiene desde el punto de vista del poder constituyente del que emana, y del procedimiento implementado para elaborarlo y aprobarlo inevitablemente el carácter de norma constitucional otorgada.

En este caso no solo por que Carrera asume el poder mediante un golpe de estado, sino por el carácter estructuralmente precario y aun en formación de lo que podría denominarse “el pueblo chileno soberano”. La población de Chile en esa época aun cuando no existen estimaciones precisas y los censos que se efectuaron por esos años, 1778 por el Gobernador Jáuregui, y 1812 por la Junta de Gobierno, no fueron completos ni exactos.

No obstante los historiadores tienden a coincidir en estimar la población hacia 1800 en alrededor de 500.000 personas, sin contar la población aborigen. Conformada por mestizos, por criollos y españoles europeos que eran minoritarios, “con algunas excepciones, de las filas de la aristocracia criolla era de donde se había de sacar mas tarde la directiva de la revolución chilena”¹⁶

Y en el hecho este núcleo social constituyó el “pueblo chileno soberano”, del que surgieron los procesos constituyentes, hasta la consolidación de la organización de la República en 1833 y en años posteriores. Sin embargo, mas allá de su condición de pueblo ciudadano incipiente y minoritario, la elite que protagonizó el proceso de independencia y construcción de la república como se ha dicho, estuvo tempranamente referida doctrinariamente a la noción de la

¹⁶ Collier Simon, IDEAS POLITICAS DE LA INDEPENDENCIA DE CHILE.

soberanía popular y el contrato social como principios fundamentales de la institucionalidad.

En el caso del Reglamento de 1812 esto está presente, mas allá de las circunstancias de su gestación y aprobación, en la transcripción del decreto que designó a la comisión encargada de elaborar el texto definitivo. “Ya es impostergable la expectación en que se ha mantenido en el reino por tres años y se sienten a cada momento los funestos efectos de la incertidumbre política, para evitarlos se ha pasado al Gobierno el proyecto de Constitución provisoria que se acompaña con esta fecha.” “y aunque nunca podrá sancionarse sino por la voluntad general que se consultará en el lleno de su voluntad, no permite la delicadeza de un Gobierno que no quiere traspasar una línea sus estrechos deberes, que aun se presente a la aprobación sin el examen mas detenido y maduro al efecto se ha comisionado a...”¹⁷

El Reglamento de 1812 contaba de 27 Artículos y no obstante su brevedad, su contenido normativo significó un sustancial avance en relación al Reglamento de 1811 y es considerado por algunos tratadistas la primera Constitución chilena. Así lo estima don José Victorino Lastarria que señala que el Reglamento de 1812 es la “primera Constitución del pueblo chileno, pues legisla acerca de la autoridad y la libertad”¹⁸. “Este reglamento significó un gran paso en nuestra evolución constitucional”¹⁹

Los avances del Reglamento de 1812. Soberanía nacional y soberanía popular.

El Reglamento consagra el principio de la soberanía en la nación chilena como fuente del ordenamiento jurídico.

¹⁷ Citado de La Aurora de Chile ed. 20 Agosto 1812 en Carrasco Sergio Génesis y Vigencia de los Textos

¹⁸ Citado por Amunátegui Gabriel pág. 255 en Manual de Derecho Constitucional.

¹⁹ Campos Harriet Fernando ob citada p. 322

Si bien se ha criticado cierta ambigüedad toda vez que el Art. 3° señala “Su Rey es Fernando VII” continua “que aceptará nuestra Constitución en el modo mismo que la de la Península”. Sin embargo el Art. 5° salda el tema con claridad al establecer que “Ningún decreto, providencia u orden que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos de Estado.”

En cuanto a radicar la soberanía en el pueblo el Art. 2° es explícito y señala “El pueblo hará su Constitución por medio de sus representantes”.

División de Poderes.

El reglamento consagraba con claridad en su articulado los tres poderes del estado.

El poder ejecutivo estaba establecido en el Art. 3° “gobernará la Junta Superior Gubernativa establecida en la capital, estando a su cargo el régimen interior y las relaciones exteriores.”

El Art. 7° establecía un Senado.

“Habrá un Senado compuesto de siete individuos de los cuales el uno será presidente, turnándose por cuatrimestres, y otro secretario. Se renovará cada tres años de la misma forma que los vocales de la Junta. Sin su dictamen no podrá el Gobierno resolver en los grandes negocios que interesen a la seguridad de la Patria”

El Poder Judicial estaba establecido en el Art.°17 “La facultad judicial residirá en los tribunales y jueces ordinarios. Velará el Gobierno sobre el cumplimiento de las leyes y de los deberes de los magistrados, sin perturbar sus funciones. Queda inhibido de todo lo contencioso.”

Garantías y derechos individuales.

Entre los Artículos 18 y 24 el Reglamento Constitucional de 1812 introduce un verdadero código de garantías y derechos individuales. El Art. 18 señalaba “Ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley”. Los Arts. 19, 20 y 21, consagraban normas relativas a los requisitos del arresto, a la incomunicación y la prisión que podrían ser consideradas como exigencias de lo que hoy conocemos como debido proceso.

Vinculado a este punto el Art.º 16 establecía “Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos y papeles, y no se darán órdenes sin causas probables sostenidas por un juramento judicial y sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprehender.”

Por su parte el Art. 23º consagraba la libertad de imprenta y el Art. 24 la igualdad de derechos de todo habitante libre de Chile.

Finalmente cabe destacar como avances en el desarrollo institucional chileno aportados por el Reglamento de 1812, el Art.10º que establecía “A la elección del Senado se procederá en el día por suscripción, como para la elección de los vocales del Gobierno. El Senado será representativo, correspondiendo dos a cada una de las provincias de Concepción y Coquimbo y tres a la de Santiago” introduciendo el principio de la representación.

Asimismo el Art. 8º al enumerar de manera taxativa los “graves negocios” sobre los que el Senado debía dictaminar se “esbozan los fundamentos de la potestad legislativa (negocios que son materia de ley)”²⁰

3.- REGLAMENTO CONSTITUCIONAL DE 1814

Antecedentes históricos de su gestación

²⁰ Amunátegui Gabriel ob, citada.

A principios de 1814 en el contexto de severos conflictos y disputas en el liderazgo político y militar de los patriotas, y por otra parte estando avanzada una operación militar de España para reconquistar Chile que avanzaba desde Concepción al norte, con el objeto de tomar control de Santiago, el Cabildo de Santiago destituyó a la Junta Gubernativa, concentrando el gobierno por primera vez en una autoridad unipersonal con el título de Director Supremo, designando en el Cargo al Coronel Francisco de la Lastra, que procedió a designar una comisión para que redactara un Reglamento Provisional.

“Al igual como ocurrió desde los inicios del constitucionalismo en Chile, y como siguió ocurriendo, el gobernante -pese a las circunstancias de la época- requirió un texto que fuera el título jurídico de su administración”²¹

REGLAMENTO PARA EL GOBIERNO PROVISORIO 1814.

Este reglamento dictado de emergencia en el contexto de la guerra representó un claro retroceso en la evolución constitucional de Chile.

La única importancia que se le reconoce es haber establecido el gobierno en una autoridad unipersonal.

“Las necesidades imperiosas de la guerra hacían indispensable concentrar en una persona el Poder Ejecutivo. Observamos aquí una evolución en los ensayos constitucionales. El ejecutivo en el Reglamento del año 11 estaba radicado en el Congreso, en una Junta de tres miembros el del año 12. Llegamos por fin a la autoridad unipersonal en este Reglamento del año 14”²²

Se trató de un Reglamento de 13 Artículos; los arts. 1 y 2 consagraban el Poder Ejecutivo en el Director Supremo con facultades omnímodas “amplísimas

²¹ Carrasco Sergio. Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos. Ed Jurídica p. 40.

²² Campos Harriet Fernando ob citada p.333.

e ilimitadas” reza el Art. 2. Varios de los Artículos restantes se ocupan de aspectos formales y protocolares del Director Supremo.

Entre los retrocesos importantes en relación al Reglamento de 1812, hay que señalar que el Senado dejó de ser representativo, no estableció límites ni balances al poder del Director Supremo. Consagró el Juicio de residencia, institución del tiempo de la colonia y finalmente, en su brevedad no abordó ni reguló ninguno de los aspectos propios de un texto constitucional en los que había avanzado el Reglamento de 1812.

Del llamado período de los Reglamentos Constitucionales el de 1814 es el último de los tres de la Patria Vieja.

CAPÍTULO SEGUNDO.

PERIODO DE LOS ENSAYOS CONSTITUCIONALES

1.- CONSTITUCIÓN DE 1818.

Antecedentes Históricos de su gestación.

El primer período de la Independencia de Chile conocido como Patria Vieja, va desde el 18 de Septiembre de 1810 hasta Octubre de 1814 en que la huida de los patriotas a Mendoza, después de la derrota de Rancagua, marca el inicio del período de la reconquista española.

Tres años después en Febrero de 1817 el ejercito libertador que se había organizado en Mendoza, derrota en Chacabuco a las fuerzas españolas. El Gobernador realista huye hacia el sur y el ejercito libertador entra a Santiago y se organiza un nuevo gobierno.

El cabildo de Santiago designa Director Supremo a O’Higgins con facultades omnímodas, sin embargo después de un año de ejercicio del poder

discrecionalmente, y consolidada la independencia con el triunfo de las tropas chilenas en la batalla de Maipú, O’Higgins presionado por el cabildo de Santiago nombra una Comisión para redactar un texto constitucional provisorio, que se promulgaría el 10 de Agosto de 1818 bajo el título de “Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile”

La Constitución Provisoria de 1818 es a nuestro juicio ambivalente, mirada en la perspectiva de nuestro proceso de desarrollo constitucional.

Desde el punto de vista de su gestación es claramente una Constitución otorgada por Ohiggins, que ejercía un poder ampliamente discrecional y para muchos historiadores dictatorial. No emana tampoco de un órgano representativo de la soberanía popular, como explícitamente lo asume y justifica el Director Supremo en el preámbulo que antecede a su articulado.

“La obligación de responder dignamente a la confianza de mis conciudadanos, que me colocaron en el supremo mando, y el deseo de promover de todos modos la felicidad de Chile, me dictaron el Decreto del 18 de Mayo, en que nombré una Comisión compuesta por los sujetos mas acreditados por su literatura y patriotismo, para que me presentasen un proyecto de Constitución provisoria, que rigiese hasta la reunión del Congreso Nacional. Yo hubiera celebrado con el mayor regocijo, el poder convocar aquel cuerpo constituyente, en vez de dar la comisión referida; pero no permitiéndolo las circunstancias actuales, me vi precisado a conformarme con hacer el bien posible”²³.

Asumiendo que no emanaba el texto de un órgano representativo del pueblo soberano, mas adelante subordinaba su entrada en vigencia a su aprobación en un plebiscito, “suscripción” en que la voluntad general debía pronunciarse aprobando o rechazando el texto.

²³ Valencia Avaria Luis. Anales de la República Imprenta Universitaria 1951 p. 64

“Mi objeto en la formación de este proyecto de Constitución provisoria, no ha sido el de presentarla a los pueblos como una ley constitucional, sino como un proyecto que debe ser aprobado o rechazado por la voluntad general. Si la pluralidad de los votos de los chilenos libres lo quisiese, este proyecto se guardará como Constitución provisoria; y si aquella pluralidad fuese contraria, no tendrá la Constitución valor alguno. Jamás se dirá de Chile que al formar las bases de su Gobierno, rompió los justos límites de la equidad; que puso sus cimientos sobre la injusticia; ni que se procuró construir sobre los agravios de una mitad de sus habitantes”.²⁴

Sin embargo, mas allá de su carácter de constitución otorgada y los límites señalados en su proceso de gestación, a diferencia de la brevedad de los Reglamentos Constitucionales de la Patria Vieja , la Constitución de 1818, consta de 5 Títulos y 144 Artículos, cuyo contenido normativo, aun con limitaciones en referencia a la doctrina constitucional liberal democrática, aborda en general todos los principios y aspectos fundamentales del constitucionalismo.

“Se ha estimado que en el derecho público chileno, la Constitución de 1818 marca un avance en el sentido de deslindar las atribuciones de los poderes”²⁵

El profesor Mario Verdugo va mas lejos al afirmar que: “Al margen de sus numerosas imperfecciones y vacíos, estimamos que la Constitución Provisoria de 1818 puede ser considerada el primer estatuto oficial de nuestro país. En su copioso articulado se consultan la casi totalidad de los principios del constitucionalismo.”²⁶

La Constitución Provisoria de 1818 consagró en el Capítulo Primero, del Título III en su artículo único, el principio de la soberanía nacional y el principio de la representación como fuente legítima de la Constitución. “Perteneciendo a la

²⁴ Valencia A Luis. Ob citada p. 64

²⁵ Campos Harriet Fernando ob. Citada p. 340.

²⁶ Verdugo Mario Revista de Derecho Publico Facultad de Derecho U de Chile. P 126- 127.

nación chilena reunida en sociedad, por un derecho natural e inamisible, la soberanía o facultad para instalar su Gobierno y dictar las leyes que le han de regir, lo deberá hacer por medio de sus diputados reunidos en Congreso”

Contempla un completo código de derechos y garantías individuales consagrados en 17 Artículos en el Capítulo Primero del Título Primero.

El Art. 9° consagraba el derecho de propiedad. “No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aun en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos.”

Finalmente en este plano los Artículos 20 al 24 del Capítulo Tercero del título relativo la Autoridad Judicial, consagraba garantías procesales que podrían denominarse de un debido proceso.

Asimismo, consagraba la religión Católica Apostólica y Romana como la única y exclusiva del estado de Chile y consagraba los tres poderes del estado.

El Legislativo era un Senado regulado en el Capítulo Segundo y Tercero del Título Tercero que era designado por el Director Supremo.

El poder Ejecutivo regulado en el Capítulo Primero del Título Cuarto era el Director Supremo del Estado

El Poder Judicial estaba consagrado en el título V . Establecía que la autoridad judicial reside en el Supremo Tribunal Judicial que se componía de 5 Ministros de los cuales uno era el Presidente.

2.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1822.

Antecedentes Históricos de su gestación.

La legitimidad de O'Higgins para ejercer el gobierno con facultades omnímodas, ganada en el campo de batalla en Chacabuco que le había entregado el Cabildo de Santiago, se fue deteriorando con el paso del tiempo y se vio enfrentado a una demanda creciente de someter el poder a una norma constitucional.

Ello estuvo en el origen de la Constitución Provisoria de 1818.

No obstante el carácter de otorgada de ésta y la consagración de un poder casi sin contrapesos del Director Supremo (El Senado era nombrado por el propio Director Supremo) mantuvo e incrementó la demanda de modificar el texto de 1818 o la elaboración de una Constitución por un cuerpo de representantes que expresara la voluntad del pueblo. En estas circunstancias y bajo presión, O'Higgins decreta en Mayo de 1822 la creación de una Convención Preparatoria que debía organizar una Corte de Representantes para elaborar una nueva Constitución. La Convención Preparatoria finalmente adquirió por propia decisión el carácter de Asamblea u órgano constituyente, se abocó a redactar una nueva Constitución que fue promulgada el 30 de Octubre de 1822.

“Esta Constitución promulgada con fecha 30 de Octubre de 1822, es la primera ley fundamental que nace con carácter definitivo y su texto, cuidadosamente formado, nos ofrece particular interés en el estudio de nuestras instituciones republicanas. En efecto, la Constitución de 1822 fue una de las bases consultadas para redactar la Constitución de 1833, cuyos elementos penetraron en la actual Constitución vigente de 1925”.²⁷

²⁷ Gabriel Amunátegui. Manual de Derecho Constitucional p.230

El examen del Decreto de O’Higgins que convoca la Convención Preparatoria, el texto del Preámbulo de su promulgación, así como el contenido normativo de su articulado, le dan desde mi punto de vista a la Constitución de 1822 el carácter de un salto significativo en el progreso de nuestro Derecho Público.

“Es necesario reformar nuestros Códigos acomodándolos a los progresos de la ciencia social y el estado de civilización del país, circunscribir la autoridad dentro de ciertos y seguros límites, que sean otras tantas garantías de los derechos civiles y den al Poder público todas las facilidades de hacer el bien”.²⁸

Es interesante otro acápite del mismo, por cuanto se interroga sobre la forma de organizar el poder constituyente para que pueda ser efectiva la representación de la soberanía popular, tema que ha ocupado y ocupa a la doctrina constitucional hasta nuestros días. “¿Mas qué medidas deben adoptarse, qué condiciones, que reglas han de prescribirse para la formación de una legítima Corte de Representantes. Cuál ha de ser la base de la representación?”²⁹

La Convención Preparatoria presentó el texto de la nueva Constitución con un preámbulo que vale la pena citar en algunos de sus acápites pues compartiendo el juicio del Profesor Mario Verdugo, éste constituye “sin duda uno de los documentos mas significativos de nuestro derecho público”³⁰

Se reconocen de modo particularmente explícito los principios fundamentales del constitucionalismo.

“El Código que os presentamos contiene dos partes. La una abraza los principios fundamentales e invariables proclamados desde el nacimiento de la revolución, tal es: la división e independencia de los poderes políticos, el sistema

²⁸ Bañados ob citada 475 señala el decreto

²⁹ Bañados ob citada p. 475

³⁰ Verdugo Mario ob citada p. 131.

representativo, la elección del primer Magistrado, la responsabilidad de los funcionarios, las garantías individuales”³¹

Mas adelante desarrolla el relevante concepto de que el contenido normativo de la Constitución compatibilice los principios abstractos y los modelos constitucionales mas avanzados de la época, con la realidad del desarrollo económico, político, social y cultural del país.

“En esta última parte es donde la Comisión de Legislación trabajó más, y donde la Convención ha pensado y meditado mas seriamente. Tuvo a la vista los mejores modelos, principalmente los del país clásico de la libertad, los Estados Unidos, y juzgó que era de su deber modificarlos a las circunstancias actuales del país. Pesó con detención reflexiva este conjunto de circunstancias y halló que los planes mas perfectos de legislación no podían trasplantarse sin inconvenientes a un país en que difieren tanto la población, la extensión, las opiniones, el clima, la cultura, las artes, la ciencia, el comercio, las hábitos y el carácter”³²

Finalmente es destacable en el preámbulo el concepto del carácter flexible a modificaciones y mejoras que debe tener la Constitución. “No aspiramos a una perfección abstracta; preciso es unir la práctica a la teoría, ni cerramos la puerta a las mejoras sucesivas, que traerán progresos de la civilización, el comercio con los pueblos cultos, la difusión de obras luminosas y los adelantos futuros en los estudios de la política, y en la riqueza nacional”³³

El articulado de la Constitución de 1822 es extenso, consta de 248 Artículos cuyo contenido normativo consagra materialmente los principios fundamentales del constitucionalismo.

La soberanía reside en la nación y esta es la unión de todos los chilenos.

³¹ Luis Valencia ob citada p 81

³² Valencia Luis ob citada p 81.

³³ Valencia Luis ob citada p. 82.

Art. 1° “La Nación chilena es la unión de todos los chilenos: en ella reside esencialmente la soberanía, cuyo ejercicio delega conforme a esta Constitución.”

El gobierno será representativo y se consagran tres poderes independientes.

ART.12° “El Gobierno de Chile será siempre representativo, compuesto de tres poderes independientes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial.”

Art. 13° “El Poder Legislativo reside en un Congreso: el Ejecutivo en un Director, y el Judicial en los Tribunales de Justicia”

El texto de 1822 establece por primera vez un Poder Legislativo bicameral que desde entonces consagraron todos los textos Constitucionales chilenos, hasta la Constitución actualmente vigente. Sin embargo el Senado no se elegía, sino que estaba configurado por una representación corporativa de distintas instituciones. Por su parte la Cámara de Diputados era electiva pero mediante un mecanismo complejo en que los electores se sorteaban lo que en la práctica implicaba un procedimiento no representativo de generación de esta rama del Poder Legislativo.

Art. 17° “El Congreso se compone de dos Cámaras, la del Senado, y la de los Diputados”.

Se consagraba la supremacía de la Constitución como norma fundamental a cuyo imperio debían someterse gobernantes y gobernados.

Art. 243° “Todo chileno tiene derecho a pedir la observancia de la Constitución, y a que se castigue al infractor de ella, sea cual fuere su clase o investidura.”

Art. 246° “Las leyes fundamentales de esta Constitución no podrán variarse sin expresa orden de los pueblos, manifestada solemnemente a sus representantes.”

Finalmente en términos de derechos y garantías fundamentales, están consagradas en el Capítulo IV del Título VII bajo el título: De la administración de justicia y de las garantías individuales.

El Art. 198 consagraba la inamovilidad de los funcionarios públicos.

El Art. 201 el derecho de recusación a un juez.

El Art. 202 exigía orden de arresto escrita para detener

El Art. 216 protegía la propiedad aboliendo la pena de confiscación de bienes.

El Art. 225 establecía la libre circulación de impresos.

Por otra parte en materia de derechos fundamentales el Capítulo II del Título primero consagraba:

Art. 6° La igualdad ante la ley sin distinción de rango ni privilegio.

Art. 7° El derecho de todos a ser llamados a los empleos con las condiciones de la ley.

Art. 8° Establecía una carga fiscal progresiva al señalar que todos deben contribuir a los gastos del estado en proporción de sus haberes.

La Constitución de 1822 tuvo una muy breve vigencia como todos los textos constitucionales entre 1810 y 1833, pero los conceptos señalados del preámbulo de su promulgación así como la estructura y el contenido normativo de su articulado desde el punto de vista conceptual constituyeron un gran salto adelante en nuestro derecho público.

Hay que señalar sin embargo que la valoración de la Constitución de 1822 ha sido controvertida y tiene grandes detractores, particularmente entre tratadistas mas contemporáneos prejuiciados por una innegable carga subjetiva de orden político.

Sin embargo, su valor y aporte al desarrollo del constitucionalismo chileno ha sido reconocido por numerosos tratadistas. Ya hemos citado el juicio de don Gabriel Amunátegui, al Profesor Mario Verdugo a los que se podrían agregar el de Barros Arana y Orrego Vicuña citados por este último.

“Estaba mejor elaborada y dispuesta que los ensayos constitucionales que la precedieron y aun que los que la siguieron hasta la celebre constitución de 1828”³⁴

“La Carta de 1822 bien recibida y patrióticamente practicada habría sido un factor eficiente en la educación de nuestra nacionalidad, y una etapa importante de nuestra vida constitucional”³⁵

3.- LA CONSTITUCIÓN DE 1823

Antecedentes históricos de su gestación.

Como se ha señalado, desde Febrero de 1817 derrotados los españoles en Chacabuco asume la jefatura del estado O’Higgins con poderes omnímodos. Presionado por someter su poder a una norma constitucional se promulga la Constitución de 1818 y posteriormente la de 1822.

Sin embargo y no obstante que ambos textos por su contenido normativo consagraron significativos avances en el desarrollo de nuestro derecho público, ambos fueron gestados y aprobados con una intervención descomedida del gobierno, y mantuvieron facultades con muy débiles contrapesos al Director Supremo, lo que fue incrementando la oposición a O’Higgins, que culminó en Enero de 1823 con la exigencia del Cabildo de Santiago de su dimisión sumado a un alzamiento militar. O’Higgins, debilitado en su apoyo político y militar, abdica.

³⁴ Barros Arana, Historia General de Chile citado por Verdugo Mario

³⁵ Orrego V. O’Higgins vida y tiempo p. 173 citado por Verdugo M.

El fin del Gobierno de O'Higgins abre un período de anarquía que dura hasta la batalla de Lircay en 1829, período caracterizado por la inestabilidad y una sucesión de gobiernos de facto. (Se sucedieron 30 gobiernos en 7 años)

Renunciado O'Higgins asume una Junta Gubernativa de tres miembros que entrega la Jefatura del estado al General Ramón Freire que había encabezado el alzamiento contra OHiggins. Una vez asumido el cargo, convocó a un Congreso a razón de un miembro por cada 15.000 habitantes y fracción superior a 9.000 (53 diputados) El Congreso elaboró una nueva Constitución Promulgada el 29 de Diciembre de 1823.

De la Constitución de 1823 cabe destacar que en su gestación constituyó un avance en términos de ser la primera en ser elaborada por un Congreso Constituyente elegido "sin incidencias y sin intervención directa de parte del gobierno",³⁶ y constituyó, en este sentido, una superación de las experiencias anteriores en términos de expresar el órgano constituyente de un modo mas real la representación del pueblo soberano. No obstante, su contenido normativo de 277 Artículos, aún cuando mantiene los elementos fundamentales del constitucionalismo, existe coincidencia entre los tratadistas en que constituyó un retroceso en nuestro desarrollo constitucional.

"La Constitución del 23 resultó prácticamente inaplicable y vino a aumentar el desorden y la anarquía. Fue un factor de perturbación institucional. La obra constitucional experimenta un notorio retroceso."³⁷

En efecto consagraba el principio de la soberanía nacional, el de la representación, el de separación de poderes, la supremacía de la constitución y las garantías individuales, sin embargo, incorporaba una normativa de carácter moral ajena al ámbito normativo de una Constitución Política.

³⁶ Verdugo Mario ob citada p. 134

³⁷ Campos Harriet F. Ob citada p. 347

A su turno, contenía un título completo, el XXII denominado Moralidad Nacional, un conjunto de normas morales impropias de un texto constitucional, y un título final el XXIV denominado "De la tranquilidad interior, permanencia de la Constitución, y juramento de los funcionarios", que consagra un conjunto de normas con procedimientos engorrosos e impracticables.

Finalmente, cabe destacar que es el primer texto constitucional que establece el carácter obediente y no deliberante de la Fuerza Pública, Artículo 226.

4.- CONSTITUCION DE 1828.

Antecedentes históricos de su gestación

La Constitución de 1828 se promulga casi al final del período histórico conocido como de anarquía, que va desde la abdicación de O'Higgins en Enero de 1823 hasta el triunfo Conservador en la Batalla de Lircay en 1829. Este período se caracteriza por la inestabilidad y una sucesión de gobiernos de muy corta duración.

Por otra parte cristalizan dos corrientes políticas, conservadores y liberales cuya tensión y disputa marcaría la historia política del país hasta las primeras décadas del siglo XX. Los liberales o pipiolos se caracterizaban por sus ingentes intentos de construir un ordenamiento jurídico avanzado de corte liberal que a juicio de los conservadores era inaplicable y fuente de la ingobernabilidad del período. Los conservadores abogaban por un gobierno fuerte con facultades e instituciones sólidas.

En este período se ensaya la Constitución de 1823. En 1826 hay un ensayo de Constitución Federal que abortó tempranamente.

Hacia el fin del período de la Anarquía en Mayo de 1827 asume la Jefatura del estado como Vicepresidente don Francisco Antonio Pinto (fue el

vigésimo gobierno del período de la anarquía), quien convocó un Congreso Constituyente que eligió 98 diputados con clara mayoría liberal.

El 8 de Agosto de 1828 se promulgó la Constitución bajo el nombre de:

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA CHILENA.

La Constitución de 1828 tuvo como fuentes de referencia para su redacción la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, La Constitución Española de 1812, como se sabe fuertemente influida de las ideas de la Revolución Francesa y las Constituciones Francesas de 1791 y 1793.

Se trata de un Código liberal que significó a mi entender un hito fundamental en el desarrollo de nuestro derecho público y en el progresivo proceso de configuración de sus textos Constitucionales con apego creciente a los principios del constitucionalismo democrático. Desde los conceptos contenidos en el Mensaje que precede a su articulado, como el contenido normativo de Éste, constituye un texto avanzado que instaló conceptos en nuestro derecho público reproducidos posteriormente en las Constituciones de 1833 y de 1925.

“Opinamos que la Constitución de 1828 es obra maestra en su época, en el aspecto legal y jurídico”³⁸ señala el Profesor Campos Harriet.

Para el profesor José Guillermo Guerra, la Constitución de 1828 puede ser considerada “La cartilla política de los constitucionalistas de Chile”³⁹, “modelo de código liberal”⁴⁰ lo ha calificado el profesor Alcibiades Roldan.

La filosofía política liberal que la inspira está expresada en distintos acápites del Mensaje a la nación con que se presenta el texto de la Constitución de 1828.

³⁸ Campos Harriet Fernando ob citada p354.

³⁹ Guerra José Guillermo. Temas Constitucionales Ed. Universitaria 1928 p 175

⁴⁰ A ROLDAN Derecho Constitucional de Chile imp. Barcelona 1917.

“Ella establece las más formidables garantías contra los abusos de toda especie de autoridad, de todo exceso de poder. La libertad, la igualdad, la propiedad, la facultad de publicar vuestras opiniones, la de presentar vuestras reclamaciones y quejas a los diferentes órganos de la soberanía nacional, están al abrigo de todo ataque.”

“El sistema representativo, base de nuestra organización social, combinación la mas prudente que los hombres han imaginado para mantener el orden, sin caer en el extremo de una sumisión maquinal y estúpida, esta sistema perfeccionado por tantos siglos de experiencia y por los trabajos de tantos hombre ilustres, se halla establecido en nuestra Carta Fundamental.”

“Tenéis asegurado el inapreciable bien de la elección directa, calculada la representación con arreglo a la población de nuestro territorio.”

“Las provincias no fluctuarán en lo sucesivo entre turbulencias peligrosas y una dependencia ilimitada del Gobierno”.⁴¹

Como bien señala el profesor Mario Verdugo, “Si en otras oportunidades el preámbulo del texto fundamental ha resultado mas logrado que su articulado, en el caso de la Constitución de 1828, la excelencia de nivel se mantiene.”⁴²

En efecto el articulado de la Constitución de 1828 avanza sustancialmente en materializar a nivel normativo los principios del constitucionalismo.

Su Artículo 1º reitera de modo explícito el principio de la soberanía nacional que ya había estado presente en casi todos los textos constitucionales anteriores.

Art. 1º “La nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales. Es libre e independiente de todo poder extranjero. En ella

⁴¹ Valencia Avaria Luis. Ob citada p.151 y 152.

⁴² Verdugo Mario Ob citada p. 137.

reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de esta en los poderes supremos con arreglo a las leyes” “No puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia.”

Los derechos individuales estaban consagrados en el Capítulo III entre los Artículos 10 y 20. Art. 10° “La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones.”

Los Arts. 13 al 16 contienen normas y garantías frente a la persecución penal estableciendo reglas que hacen a los que hoy llamamos “debido proceso.”

El Art 17° consagraba la protección del derecho de propiedad, el Art. 18° se refería a la libertad de imprenta y el Art. 19 a la inviolabilidad de la correspondencia.

La forma de gobierno se consagraba en el Art. 21° “La Nación chilena adopta para su gobierno la forma de República representativa popular, en el modo que señala esta Constitución”

El Art. 22° consagraba de modo explícito la división de poderes. Art. 22° “El ejercicio de la soberanía, delegado por la Nación en las autoridades que ella constituye, se divide en tres poderes, que son: el Legislativo; el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso”.

En relación al poder legislativo consagró la existencia de dos Cámaras una de Diputados y otra de Senadores. Art. 23°. Significó además un avance en el sentido de establecer la elección directa de los diputados estableciendo su número en proporción a la población. Uno por cada 15.000 habitantes o fracción superior a 7.000. Arts. 24 y 25.

El Senado tenía un carácter de representación territorial y se elegía indirectamente por las Asambleas Provinciales, dos por cada una. El sufragio siguió siendo censitario Art. 7° “Son ciudadanos activos: 1° Los chilenos naturales que profesen alguna ciencia, arte o industria, o ejerzan un empleo, o posean un capital en giro, o propiedad raíz en que vivir”. Cabe señalar que como se analizará mas adelante, la materialización del principio de la soberanía popular, mediante la implementación de la representación, supone que los representantes de la soberanía sean electos mediante un sistema electoral democrático, uno de cuyos elementos esenciales es el derecho a sufragio universal mediante un voto libre, secreto e informado de todos los ciudadanos.

En el hecho a diferencia de la evolución de otras instituciones de nuestro derecho público, la consagración de un sistema electoral democrático y el sufragio universal libre, secreto e informado ha debido recorrer un largo, lento y tortuoso camino hasta tiempos muy recientes, tanto para su consagración normativa como realidad de la práctica política.

En relación al Poder Ejecutivo la Constitución de 1828, estableció por primera vez que este sería ejercido por un ciudadano con el título de Presidente de la República y estableció el cargo de Vicepresidente. Arts 60 y 61.

En relación al Poder Judicial el mensaje y el Art. 96 N° 9 le daban un carácter transitorio haciendo referencia a una reforma futura al sistema de justicia. En todo caso, en términos generales se entregaba el ejercicio de la función jurisdiccional a una estructura piramidal. Art. 93° El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y juzgados de primera instancia.”.

Cabe señalar que la Constitución de 1828 incorporó el principio de la responsabilidad política de las mas altas autoridades, de un modo que se ha mantenido hasta hoy en nuestros textos Constitucionales.

Art.º47 “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

2º Conocer a petición de parte, o proposición de alguno de sus miembros, sobre las acusaciones contra el Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros, miembros de ambas Cámaras y de la Corte Suprema de Justicia, por delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución, y violación de los derechos individuales; declarar si hay lugar a la formación de causa, y en caso de haberlo, formalizar la acusación ante el Senado.”

Art. 48 “Es atribución exclusiva del Senado:

Abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, y pronunciar sentencia con la concurrencia, a lo menos de las dos terceras partes de votos”

Finalmente un aspecto relevante del contenido normativo del texto de la Constitución de 1828 se refiere a los Artículos 108 a 122 que se refería a la organización territorial. Aun que no de modo expreso como lo haría la Constitución de 1833 y la de 1925, consagraba en relación a la organización territorial del poder de manera predominante instituciones de un estado unitario, pero mantenía, no obstante en su Capítulo X en los Artículos ya señalados un sistema fuertemente descentralizado, que algunos tratadistas critican como “el último intento del Federalismo en Chile” ⁴³

Art. 108 “El gobierno y administración interior de las provincias se ejercerá en cada una por la Asamblea Provincial y por el Intendente.”

Las Asambleas Provinciales se conformaban por Diputados Provinciales directamente elegidos por el pueblo. Art. 109 y proponía una terna para Intendente y Vice Intendente que eran nombrado por el poder ejecutivo. Es importante destacar este aspecto, por que como lo señala el mensaje, se buscó en esta materia un equilibrio entre el reclamo federalista que se había materializado

⁴³ Campos Harriet. Ob citada p. 356.

en el período de la anarquía en un ensayo constitucional en 1826 que fracasó, y la opción de organizar al país como un estado unitario.

En el hecho la Constitución de 1828 consagró un estado unitario con una fuerte descentralización regional que desaparecería en la Constitución de 1833, para no volver a aparecer nunca más en nuestro derecho público. En efecto, el debate sobre la organización territorial del poder, desapareció de nuestro derecho público y constitucional a partir de la Constitución de 1833 y la de 1925.

Sin embargo, ha reaparecido en el siglo XXI en el marco del debate sobre cambio constitucional abierto en el país, con una fuerte demanda de las regiones de efectiva descentralización del poder, como reacción a un sistema de distribución del poder extremadamente centralista.

La Constitución de 1828 es la última del período de nuestro desarrollo constitucional que numerosos tratadistas han coincidido en denominar como período de “Ensayos Constitucionales”.

CAPÍTULO TERCERO.

PERIODO DE ORGANIZACIÓN DE LA REPÚBLICA-CONSTITUCIÓN DEL 1833 Y SUS MODIFICACIONES.

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE SU GESTACIÓN.

El período histórico que precede a la Constitución de 1833 que va desde la abdicación de O’Higgins en enero de 1823, hasta la batalla de Lircay en abril de 1830, se caracteriza por la extrema inestabilidad institucional del país y ha sido calificado por buena parte de los historiadores como “período de la anarquía.”

En el hecho se sucedieron en el lapso de tiempo de siete años, 30 gobiernos distintos, sin que el país lograra encausarse en un proceso de

organización institucional estable. Esta realidad de desarrolla, a contrapelo de textos constitucionales de corte liberal, cuyo epítome lo constituye la Constitución de 1828, textos doctrinariamente avanzados pero ineficaces para el incipiente nivel de desarrollo de nuestra república.

Para decirlo en palabras, tal vez exageradas pero esclarecedoras de Alberto Edwards, al referirse a los textos constitucionales liberales del período de la anarquía "Esos discursos y teorías ni favorecieron ni evitaron el desorden, eran hojas de papel escrito y nada mas; nunca se aplicaron, ni era posible aplicarlas. La incapacidad de los caudillos, los odios que dividían a la clase dirigente, la indisciplina militar, he allí los obstáculos que se oponían al establecimiento de un régimen estable y ordenado. De las instituciones escritas nadie hacía caso ni a nadie estorbaron en consecuencia." ⁴⁴

En el contexto de esta realidad, en el curso de los siete años del período de la anarquía, comienzan a cristalizar las corrientes políticas que serían protagónicas del devenir del país durante todo el siglo XIX, liberales y conservadores, conocidos en el lenguaje de nuestra historiografía como pipiols los primeros y pelucones estos últimos.

Los liberales predominaron en el control de los sucesivos gobiernos del período, y entrada ya en vigencia la Constitución de 1828, ganan la elección presidencial. Ganan adicionalmente la mayoría del Congreso, que utilizan para elegir Vicepresidente a Joaquín Vicuña que había obtenido la tercera mayoría violentando lo preceptuado para elegir Vicepresidente por el Artículo 72 de la Constitución.

Ello dio un motivo y pretexto jurídico a la oposición conservadora ya fuertemente articulada, para rebelarse contra el gobierno alzando la bandera política de terminar con el desorden y restablecer un orden político estable. La

⁴⁴ Edwards Alberto. LA FRONDA ARISTOCRATICA p. 43

confrontación con una parte de la fuerza armada de parte del gobierno liberal y la otra de la oposición conservadora dio curso a una confrontación que terminó el 17 de Abril de 1830 con el triunfo del bando conservador en la batalla de Lircay.

Es insoslayable consignar como antecedente histórico de la Constitución de 1833, junto a los ya señalados, el rol del Ministro Diego Portales, en la articulación del bloque conservador que triunfa en Lircay y en la organización política posterior de la república que se fundamenta y desarrolla en el texto de la Constitución de 1833.

2.- EL PODER CONSTITUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1833.

Tras el triunfo de Lircay la facción conservadora eligió Presidente de la República al General Joaquín Prieto, que asume el mando supremo de la nación el 18 de Septiembre de 1831.

No obstante que el bando conservador había triunfado por las armas, ello no devino en la instalación de un Gobierno de facto, y se mantuvo la vigencia de la Constitución de 1828.

Bajo el imperio de su normativa se elige a Prieto Presidente de la República y se eligen ambas ramas del Congreso Nacional.

Ahora bien, el Artículo 133 de la Constitución de 1828 establecía la forma en que podía ser reformada.

Art. 133 “El año de 1836 se convocará por el Congreso una gran Convención, con el único y exclusivo objeto de reformar o adicionar esta Constitución, la cual se disolverá inmediatamente que lo haya desempeñado. Una ley particular determinará el modo de proceder, número de que se componga y demás circunstancias.”

El impulso conservador de superar la Constitución de 1828 se expresó en que la Municipalidad de Santiago representó al gobierno la necesidad de

reformular la Constitución estimando que esa tarea correspondía al Congreso Nacional que se iba a elegir.

El Gobierno estableció que los sufragantes y las asambleas pudieran autorizar a los senadores y diputados que eligieran, para anticipar la fecha en que debía reunirse la Convención Constituyente, estampando en las actas de votación su voluntad en este sentido.

El resultado fue que por este procedimiento el Congreso recibió el encargo de reformar la Constitución, o sea fue consagrado como poder constituyente.

Aun con el reparo de inconstitucionalidad de parte de la Asamblea de Coquimbo, y alguna otra, instalado el Congreso, se presentó un proyecto de ley en los siguientes términos.

“El Congreso Nacional, usando de las facultades que le concede el Art. 133 de la Constitución , y de las que han conferido los pueblos a los representantes de ambas Cámaras para anticipar la Gran Convención, ha acordado y decreta: Artículo Primero. Fórmese la Gran Convención establecida en el Artículo 133 de la Constitución para reformar y adicionar este Código...”

Es interesante consignar de que modo este proyecto que se convertiría en ley el 21 de Junio de 1831, busca solucionar la tensión que siempre subyace al tema de la reforma a la constitución, entre dos principios fundantes del constitucionalismo. Por un lado, el principio de la soberanía popular y que el poder constituyente reside en el pueblo y que desde una concepción Rousseauiana o desde la mirada mas contemporánea de Carl Smith, es un poder que por su propia naturaleza no puede reconocer límites, y el principio de la supremacía de la constitución inspirado en Montesquieu y desarrollado en tiempos actuales entre otros por Kelsen, en que la Constitución en cuanto norma superior obliga a gobernantes y gobernados y en cuanto ley suprema consagra ella misma los mecanismos y formas de su reforma o modificación.

El proyecto busca resolver el problema político práctico de materializar en un cuerpo normativo el ideario de una revolución triunfante, lo que suponía abrir paso de inmediato a que se ejercitara el poder soberano reformando la Constitución o elaborando una nueva que es lo que finalmente ocurrió, con el reconocimiento y sometimiento a la Constitución vigente de 1828 como norma fundamental que establecía el modo en que debía o podía ser reformada. En 1836.

El proyecto invoca el propio artículo 133 de la Constitución sobre su forma de reforma, la Gran Convención, pero a su vez la sobrepasa al adelantar la fecha de 1836 invocando el mandato que el soberano había dado al Congreso al momento de elegirlo para abordar la reforma de inmediato.

La ley que convocó a la Gran Convención estableció que esta estará integrada por 16 de los diputados elegidos por el pueblo y 20 ciudadanos de reconocida probidad e ilustración.

“La elección de los convencionales se verificó a base de una lista reservada que el Ministro del Interior envió al Parlamento.”

De los “20 individuos de reconocida ilustración y probidad”, 14 formaban parte del Congreso. Solo 6 fueron los hombres de reconocida “probidad e ilustración” que pudieron encontrarse fuera del Congreso. La Convención se rigió por el Reglamento de la Cámara.

La Constitución fue promulgada el 25 de Mayo de 1833.

Nos hemos detenido en este aspecto, pues si bien el análisis de nuestros textos constitucionales, atendiendo a su contenido material desde los primeros reglamentos de la Patria Vieja hasta la Constitución de 1925 y sus reformas mas relevantes, dan cuenta de un proceso de desarrollo constitucional caracterizado por el apego progresivo de nuestro derecho público hasta 1973 a los principios del constitucionalismo democrático, organizando el estado crecientemente

conforme a las exigencias fundamentales de un estado de derecho; esto ha sido así en relación al principio de separación del poder estatal en ejecutivo, legislativo y judicial; lo es en cuanto a la consagración del principio de legalidad de la administración, con mecanismos de control de legalidad de los actos del ejecutivo y de constitucionalidad de las leyes; lo es en tercer lugar, en cuanto nuestro derecho público fue consagrando progresivamente en sus textos de los derechos y garantías fundamentales.

Sin embargo, cuando analizamos nuestro desarrollo constitucional y la naturaleza jurídica de nuestros textos constitucionales, atendiendo a su aspecto orgánico formal, esto es, al poder que los dictó, a los procedimientos que se utilizaron en su elaboración y cómo fueron aprobados, en buenas cuentas, de que modo se expresó el pueblo soberano en cuanto poder constituyente en su elaboración, particularmente el modo en que operó el principio de la representación, debemos concluir que en general, incluyendo la Constitución de 1925 que marca la culminación de nuestro desarrollo constitucional hasta el golpe de estado de 1973, los procesos constituyentes por los cuales se elaboraron y aprobaron nuestros textos constitucionales en general, la práctica política de estos procesos, ha distado bastante del principio de que la Constitución Política como norma fundamental es una expresión de la soberanía del pueblo, dictada por un órgano representativo elegido por este en elecciones libres. Yo agregaría como exigencias de este último elemento, que una elección es libre cuando se desarrolla mediante un sistema electoral justo, con voto universal, igual, libre, secreto e informado.

En el hecho la Constitución de 1833 no escapa a esta opacidad. No solo por el hecho de que los miembros de la Gran Convención nombrados por el Congreso fueron digitados desde el Poder Ejecutivo por los triunfadores de Lircay, sino por que ese propio Congreso fue elegido mediante voto censitario y

por consiguiente por un cuerpo electoral que expresaba solo a una minoría del conjunto del pueblo soberano.

3.- CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1833.

Desde el punto de vista doctrinario del análisis que nos ocupa, podemos decir que el contenido normativo de la Constitución de 1833, en la letra, mantiene íntegros los principios del constitucionalismo que ya había consagrado con reconocida claridad la Constitución de 1828.

Consagraba el principio de la soberanía nacional, principio de representación, división de los poderes públicos, responsabilidad gubernamental y garantías individuales.

Mantenía como los textos anteriores la religión católica apostólica y romana como la religión del estado con prohibición del ejercicio público de cualquier otra.

Del mismo modo que como se ha señalado, el Preámbulo de la Constitución de 1828, expresaba su impronta liberal casi con pasión, el Preámbulo de la Constitución de 1833 enunciaba con transparencia insuperable el sentido y los objetivos políticos de los vencedores de Lircay.

Firmado por el Presidente Prieto, señalaba.

“No me corresponde hacer un análisis de la reforma; mi obligación es guardarla y hacerla guardar; mas, como encargado de vigilar sobre la conducta de vuestros funcionarios y daros cuenta de ella, me es muy satisfactorio recomendar a vuestra gratitud la constancia y empeño con que los ciudadanos elegidos por la ley para corregir nuestro código político, han procurado desempeñar esta interesante empresa. No han tenido presente mas que vuestros intereses; y por esto su único objeto ha sido dar a la administración reglas adecuadas a vuestras circunstancias.

“Despreciando teorías tan alucinadoras como impracticables, solo han fijado su atención en los medios para asegurar para siempre el orden y tranquilidad pública contra los riesgos que los vaivenes de partidos a que han estado expuestos. La reforma no es mas que el modo de poner fin a las revoluciones y disturbios a que daba origen el desarreglo del sistema político en que nos colocó el triunfo de la independencia. Es el medio de hacer efectiva la libertad nacional, que jamás podríamos obtener en su estado verdadero, mientras no estuviesen deslindadas con exactitud las facultades del Gobierno , y se hubiesen opuesto diques a la licencia.”⁴⁵

La Constitución de 1833 tiene el reconocido mérito, de que bajo su imperio se organizó la república, y tuvo una vigencia cercana a un siglo. Fue objeto de reformas importantes pero rigió casi un siglo hasta la promulgación de la Constitución de 1925.

Mas allá de las controversias para enjuiciar la Constitución de 1833, muchas veces con juicios impregnados de indudable carga política, desde el punto de vista del análisis que nos ocupa, la Constitución de 1833 se estructura como se ha señalado, tal como lo había hecho la Constitución de 1828, conforme a los principios del constitucionalismo. Hay que recordar que su texto se concibió siempre como una reforma de la Constitución de 1828. Caracteriza al Gobierno de Chile como popular y representativo. Art. 2

Establece el principio de la soberanía en la nación Art 4

En relación al principio de representación, mas allá de su enunciado, este se encuentra limitado como ocurrió durante todo nuestro desarrollo institucional por las restricciones a la universalidad del sufragio. Se mantiene el voto censitario. Art. 8, otorgando el carácter de ciudadano elector a los mayores de 25 años si eran solteros y de 21 si eran casados, que supieran leer y escribir, que

⁴⁵ Valencia Avaria Luis Ob citada p. 172.

fueran propietarios o capitalistas de algún giro o industria, o el ejercicio de algún empleo o renta. Por otra parte, no obstante que mantenía el avance de la Constitución de 1828 de elección directa de un diputado por cada 20.000 electores, o fracción superior a 10.000, el Senado y el Presidente de la República se elegían en una elección de segundo grado, por un cuerpo de electores que se elegían directamente, con una sistemática intervención del gobierno, que distorsionaba severamente una auténtica expresión de la voluntad popular para elegir a sus representantes y garantizaba el control del senado por el Presidente de la República.

Consagraba las garantías individuales en el Capítulo V, denominado Derecho Público de Chile. En cuanto a la división de poderes mantenía la estructura de la Constitución de 1828. Un Poder Legislativo bicameral con una Cámara de Diputados elegida en votación directa y un Senado elegido en elección de segundo grado.

El poder Judicial, que vino a recibir tal nombre solo en la Constitución de 1925, estaba establecido en el Capítulo VIII bajo el nombre: De la Administración de Justicia, entregándole a una Ley Art. 114, la determinación de la organización y atribuciones de los Tribunales de la República.

El poder Ejecutivo estaba radicado en el Presidente de la República, que se elegía en elección de segundo grado por un período de 5 años pudiendo ser reelegido por una vez.

Si bien su texto consagraba la separación de poderes, la Constitución de 1833 no resguardaba un mínimo equilibrio entre estos, entregando al Presidente de la República un gran poder con muy precarios contrapesos.

Esto ha llevado a no pocos tratadistas a catalogarla como una carta autoritaria, y al régimen político que instauró por 40 años hasta su reforma en

1974, como “República Autoritaria”. “Constitución de carácter aristocrático y autocrático”⁴⁶ señala Campos Harriet.

El Presidente de la República era “como un pequeño monarca temporal, absoluto e irresponsable”⁴⁷

En cuanto a su reforma la Constitución de 1833 era de carácter rígido. Su reforma comportaba la aprobación de dos Congresos, el primero que debía declarar reformable un determinado artículo o artículos, y el siguiente Congreso aprobar las reformas correspondientes.

Respecto a la organización territorial del poder del estado, la Constitución de 1833 marca una inflexión total hacia la centralización absoluta del poder, como reacción a los intentos federalistas del período de la anarquía y a la propia descentralización del poder que consagraba la Constitución de 1828, que mantuvo las Asambleas Provinciales, con diputados electos y con la facultad de proponer una terna al Presidente de la República para el nombramiento de los Intendentes.

El tenor del Artículo 2 “ La República de Chile es una e indivisible” y el Art. 116° que elimina por completo el poder que ejercían las provincias eliminando Las Asambleas Provinciales y sus facultades para establecer que “El Gobierno superior de cada provincia, en todos los ramos de la administración, residirá en un Intendente, quien lo ejercerá con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, de quien es agente natural e inmediato”, marcan una inflexión hacia un centralismo y concentración del poder que está en el espíritu general del texto de 1833 y que se mantiene hasta nuestros días como un rasgo de nuestro sistema institucional.

⁴⁶ Campos Harriet. P. 363 ob citada.

⁴⁷ Amunátegui Gabriel Manual de Derecho Constitucional 1950.

Finalmente cabe destacar un aspecto institucional importante que incorpora la Constitución de 1833, que expresa también una reacción al caudillismo militar del período de la anarquía, cuando consagra la norma de su Art. 156 que señala “La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar.”

Este principio fundamental del carácter obediente y no deliberante de la fuerza armada, pilar del régimen constitucional democrático, duró 140 años en nuestro derecho público hasta que fue revertido en la Constitución de 1980 como se verá mas adelante, lo que no deja de ser paradójal teniendo en cuenta que entre otras fuentes doctrinarias, la Dictadura Militar y la Constitución de 1980, reclamaron su inspiración entre otras fuentes, en el ideario de la revolución conservadora que triunfó en Lircay y que abrió paso al régimen político de la Constitución de 1833.

La Constitución de 1833, constituyó el marco normativo institucional bajo el cual se organizó la república, rigió durante 92 años y en el curso de su vigencia sufrió numerosas reformas, algunas de las cuales modificaron y otras perfeccionaron aspectos relevantes del régimen político establecido en su texto original.

4.- REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1833

En sus 92 años de vigencia, hasta la promulgación de la Constitución de 1925, pueden distinguirse tres períodos en que se le introdujeron distintas reformas a la Constitución de 1833, algunas de las cuales modificaron de manera importante el régimen político.

La primera etapa de plena vigencia de su texto original, en que se consolida el régimen político que consagra al Presidente de la República como un poder casi sin contrapesos, va desde 1833 hasta 1871. Abarca un período de cuatro gobiernos conservadores de las Presidentes Prieto, Bulnes, Montt y Pérez

Mascayano, cada uno de los cuales fue reelegido y gobernaron 10 años.

La segunda etapa de vigencia de la Constitución de 1833 va de 1871 a 1891 y corresponde a los gobiernos liberales que duraron 5 años cada uno, de los Presidentes Errázuriz Zañartu, Pinto, Santamaría y Balmaceda, durante la cual se le introdujeron importantes modificaciones a la Constitución de 1833.

La tercera etapa de vigencia va desde la revolución de 1891 que puso fin al gobierno del Presidente Balmaceda hasta la promulgación de la Constitución de 1925.

Reformas a la Constitución de 1833 en el período 1833 -1871.

Este es un período de plena vigencia del texto original de la Constitución en que sufre muy pocas modificaciones.

En 1865. Reforma al Artículo 5° de la Constitución.

En el último Gobierno de la era conservadora en circunstancias que la oposición liberal había adquirido creciente fuerza se planteó en 1863 la reforma al Artículo 5 de la Constitución, que establecía que la religión de la República era la Católica Apostólica y Romana "con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra."

Se planteaba la derogación de este artículo y los conservadores estaban por mantenerlo. Finalmente primó una solución intermedia y se dictó en 1865 una ley interpretativa del Artículo 5° que permitió a quienes profesaran credos distintos a la religión católica practicar su culto dentro de edificios de propiedad particular y fundar escuelas para sus hijos que entregaran una formación conforme a sus religiones.

En la práctica esta ley estableció la libertad de cultos, y reformó fácticamente el Art. 5, aun cuando no se trató formalmente de una reforma

constitucional. La libertad de cultos adquirió rango constitucional formal con la promulgación de la Constitución de 1925.

En las postrimerías de la etapa de los gobiernos conservadores, concretamente bajo el mandato del Presidente José Joaquín Pérez Mascayano, el 8 de Agosto de 1871, se reformó la Constitución prohibiendo la reelección del Presidente de la República para el período siguiente. La no reelección del Presidente de la República quedó consagrada desde entonces en nuestro derecho público. La norma fue reproducida posteriormente en la Constitución de 1925 en la de 1980.

Reformas a la Constitución de 1833 en el período de gobiernos liberales 1871 1891.

Esta segunda etapa de vigencia de la Constitución de 1833 está marcada por relevantes reformas que se le introdujeron. Estas reformas venían siendo reclamadas por los liberales por todo el período de los gobiernos conservadores y apuntaban fundamentalmente a morigerar las incontrastables atribuciones que la Carta de 1833 entregaba al Presidente de la República en desmedro del Congreso.

En 1873 Reforma al quórum legislativo .

En Septiembre de 1873, se estableció que el quórum del Senado para sesionar sería la tercera parte de sus miembros y para la Cámara de Diputados la cuarta parte de sus miembros. Esta reforma rebajó los quórum exigidos hasta entonces por el Artículo 154 de la Constitución que establecía un quórum de mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

En 1874 Reforma sobre nacionalidad y ciudadanía.

En Agosto de 1874 se reformó el inciso 3° del Artículo 6° de la Constitución que exigía a los extranjeros 3 a 10 años de residencia a los

extranjeros avecindados para adquirir la nacionalidad chilena reduciendo a un año la residencia necesaria.

En 1874 Reforma sobre elección parlamentaria.

La reforma de Agosto de 1874 estableció que el número de diputados sería uno por cada 20.000 habitantes o fracción superior a 12.000. El Artículo 19 del texto original establecía una fracción superior a 10.000.

Más importante es la reforma que se introdujo a la forma de elegir el Senado. El texto original en sus Artículos 25 al 28 establecía para elegir el Senado una elección de segundo grado, con voto múltiple. La Reforma de 1874 estableció la elección directa del Senado. Redujo el mandato de 9 a 6 años y amplió el número de 20 estableciendo que se elegiría un Senador por cada tres diputados por provincias.

Esta reforma es relevante pues hasta entonces con el mecanismo del texto original de la Constitución, el Senado era prácticamente dirigido por el Poder Ejecutivo.

Finalmente en relación al Parlamento la Reforma de 1874 estableció la incompatibilidad del cargo parlamentario con el ejercicio de empleo público de confianza del Presidente de la República.

En 1874 Reforma incorpora libertad de reunión, asociación y enseñanza.

El texto original no consagraba estos derechos que fueron incorporados de modo explícito por la reforma de 1874.

En 1874 Reforma que elimina la atribución del Congreso de autorizar al Presidente de la República hacer uso de facultades extraordinarias.

El inciso 6º del Artículo 36 de la Constitución consagraba como una de las atribuciones del Congreso autorizar al Presidente del uso de facultades

extraordinarias. Esta norma permitía autorizar al Presidente para suspender el ejercicio de las garantías individuales. La reforma de 1874 la eliminó la atribución de concederle al Presidente el uso de facultades extraordinarias y la reemplazó por la autorización a dictar leyes excepcionales de duración limitada que no podían exceder de un año.

En 1874 Reforma integración y atribuciones de la Comisión Conservadora.

La Comisión Conservadora establecida en el Art. 57 del texto original reemplazaba algunas funciones del Congreso durante el receso de este.

La Reforma agregó a los 7 Senadores que la integraban a 7 Diputados. Adicionalmente otorgó a la Comisión Conservadora la facultad de solicitar al Presidente la convocatoria extraordinaria del Congreso cuando así lo ameritaran circunstancias graves y excepcionales.

La Comisión Conservadora fue suprimida en la Constitución de 1825.

En 1874 Reforma al Consejo de Estado.

Los Artículos 102 a 107 del texto original de la Constitución establecía un Consejo de Estado como parte del Poder Ejecutivo con no pocas atribuciones. La Reforma de 1874 le dio representación en el Consejo de Estado a miembros de ambas Cámaras del parlamento, que en el texto original estaban excluidos. Con la reforma los representantes del Parlamento fueron mayoría en relación a los del Ejecutivo. También la reforma modificó las atribuciones del Consejo de Estado.

Este organismo al igual que la Comisión Conservadora desapareció de nuestra estructura institucional a partir de la Constitución de 1925.

En 1874 Reforma de facultades presidenciales.

La reforma de 1874 morigeró algunas de las extraordinarias facultades que el texto original de la Constitución de 1833 otorgaba al Presidente de la República.

Se reformó la norma que autorizaba en caso de declararse estado de sitio, la suspensión de la Constitución, lo que suspendía no solo las garantías individuales, sino a los demás poderes del estado. Del mismo modo la reforma de 1874 modificó el texto original del Artículo 82 N° 3 de la Constitución, que entregaba al Presidente de la República la atribución de “velar sobre la pronta y cumplida administración de justicia y sobre la conducta ministerial de los jueces”.

“En fuerza de su vaguedad, entregaba el Poder Judicial a merced del Presidente de la República, que se creía autorizado para suspender y arrestar jueces, revisar sentencias etc., ” como señala don Enrique Matta en “Comentario Inéditos sobre la Constitución de 1833” citado por don Gabriel Amunátegui.⁴⁸

La reforma autorizó al Presidente de la República a requerir al ministerio público para que reclame medidas disciplinarias del tribunal competente.

Reforma sobre modo de reformar la Constitución. 1982

Aunque sin modificar el carácter rígido de la Constitución de 1833, en relación a la modalidad de su reforma, el 18 de Enero de 1882 se aprobó una reforma que morigeró levemente la extrema rigidez de la modalidad establecida en el texto original. Estableció que un proyecto de reforma podía iniciarse en cualquiera de las dos ramas del parlamento, pudiendo ser aprobadas con quórum de simple mayoría absoluta. El papel del segundo Congreso quedaba reducido a aprobar o rechazar la reforma propuesta sin poder introducirle modificaciones.

Reforma de ampliación del derecho a sufragio

⁴⁸ Amunátegui, Gabriel, Manual de Derecho Constitucional pag. 242.

La Reforma de 1882 terminó con el voto censitario que había constituido la norma en nuestro derecho público hasta entonces. Estableció que son ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos mayores de 25 años que sepan leer y escribir o mayores de 21 años si son casados.

Reforma sobre ampliación del derecho a sufragio.

En Agosto de 1888 se promulgó una reforma que implicó una nueva ampliación del derecho a sufragio. La reforma rebajó la edad a 21 años para ser ciudadano elector y eliminó la boleta de calificación que se otorgaba al elector al momento de su inscripción. Esta reforma además estableció la elección de un diputado por cada 30.000 habitantes o fracción superior a 15.000 y suprimió la institución de diputados suplentes.

Reformas de la tercera etapa de vigencia de la Constitución de 1833.

Como se ha señalado, esta etapa va desde el fin de la Guerra Civil de 1891 hasta la promulgación de la Constitución de 1925. Período político conocido como República Parlamentaria por el papel predominante del Congreso por sobre el Presidente de la República.

En este período, en que las reformas de 1874 habían modificado sustancialmente elementos de la Constitución de 1833, que habían marcado la fisonomía del régimen político instaurado por esta después de Lircay, dieron paso a un período de creciente inestabilidad institucional, marcado por la tensión entre un Parlamento empoderado después de 1891 y el Poder Ejecutivo. A partir de 1920 el país entró en un período de crisis institucional e inestabilidad y que culminó con la promulgación en 1925 de una nueva Constitución Política.

En esta última etapa de vigencia de la Constitución de 1833 no se verificaron reformas relevantes, las cuales se habían hecho en 1874.

En 1891 se introduce reforma que establece acuerdo del Senado para nombramiento de Ministros Diplomáticos.

En el mismo año se introduce reforma que otorga a Comisión Conservadora facultad de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias.

En 1892 se introduce reforma que amplió incompatibilidades parlamentarias

En 1893, en suma, se reformó el veto presidencial

CONCLUSIONES.

La constitución de 1833 fue objeto de intensa controversia jurídico-doctrinaria durante todo el siglo XIX, acompañada sin embargo de una inevitable carga política para evaluarla, tanto por los ganadores como por los perdedores de la batalla de Lircay. Desde la trinchera liberal se la objetó siempre como un código de carácter regresivo y autoritario y desde el lado conservador, se la ponderó siempre como la base jurídico institucional sobre la cual se consolidó la construcción de la república. Nuestro juicio y desde el punto de vista del análisis que nos interesa, podemos decir lo siguiente:

En primer lugar constituye un dato histórico político de realidad, que la Constitución Política de 1833, consolidó la construcción de instituciones republicanas estables, después de los intentos de los Reglamentos Constitucionales de la patria vieja y de los textos del periodo conocido como de “ensayos constitucionales” entre 1818 y 1828. No en vano, es el texto de mas larga vigencia en la historia de Chile rigiendo por noventa y dos años.

En segundo lugar, particularmente en la primera etapa de su vigencia, (1830 1871) caracterizada si bien por consagrar el principio de la división de poderes del Estado, entregaba un poder prácticamente sin contrapesos al

presidente de la República, que ha llevado no sin razón a los tratadistas mayoritariamente a calificarla de autoritaria.

En tercer lugar la Constitución de 1833, nominalmente en su texto consolidó sin retrocesos el apego que ya había establecido la Constitución liberal de 1828, a los principios del constitucionalismo liberal. Desde el punto de vista de su contenido normativo, mantuvo los aspectos esenciales que ya consagraba la Constitución de 1828, mas allá del hecho señalado de que el texto en sus primeros 40 años de aplicación tuvo un carácter nominal, pues la práctica política del funcionamiento del poder estatal como se ha señalado, estuvo marcada por un predominio rayano en el autoritarismo sin contrapesos por parte del Presidente de la República.

Ahora bien, es menester señalar que la Constitución de 1833, atendido el ámbito de su naturaleza jurídica, relativo al procedimiento de su gestación, es un código, donde la soberanía se expresó en una delegación ante el Congreso Nacional y en el marco de la regulación jurídica que la Constitución Política de 1828 establecía para su propia reforma. (Hay que recordar que originalmente el proceso que dio origen a la constitución de 1833 fue concebido originalmente como una reforma a la constitución de 1828). En este ámbito solo cabe señalar los límites materiales que tuvo en este proceso el principio de la representación por el cual el pueblo soberano delegó su poder constituyente en el Congreso Nacional, esto derivado de dos elementos. Por un lado, el voto censitario y por el otro, la incontrastable injerencia que el sistema electoral, particularmente en la elección de segundo grado del Senado de la Republica, ejercía el Presidente de la Republica, en la elección del parlamento.

En suma, podemos concluir que la Constitución de 1833, junto con constituir uno de los hitos mas relevantes del desarrollo de nuestro derecho público, mantuvo la línea de progresiva convergencia de los textos constitucionales chilenos, a los principios del constitucionalismo liberal y

democrático. Lo anterior, mas allá de las controversias jurídico doctrinarias, caracterizadas por la fuerte carga política fundadas sobre todo en el proceso político que le dio origen (Guerra Civil de 1829 y el triunfo conservador en la batalla de Lircay).

Para decirlo en palabras de Alberto Edwards, en su notable ensayo “La fronda Aristocrática” cuando refiriéndose a la constitución de 1833 señaló “Nada mas apasionado e injusto que las alabanzas y maldiciones que por muchos años provocó esa carta celebre. A lo mas, puede agradecersele el que no haya impuesto obstáculos serios al mantenimiento de un orden tradicional revestido de formas jurídicas al estilo moderno. Dista mucho de ser un “Código de absolutismo y opresión”, fue (en su letra) lisa y llanamente una constitución republicana y democrática, no mas “restrictiva” que la de Francia o la de Estados Unidos”⁴⁹. Obviamente Edwards se refiere al contenido nominal del texto y no a la práctica política a que dio lugar, particularmente bajo los cuatro gobiernos conservadores.

CAPÍTULO CUARTO.

LA CONSTITUCIÓN DE 1925

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE SU GESTACIÓN.

A casi un siglo de la promulgación de la Constitución de 1833, el país había cambiado sustancialmente. A la consolidación de la república durante las cuatro décadas de gobiernos conservadores, deviene el período de los gobiernos liberales caracterizados por el conflicto entre el parlamento y el Presidente de la República.

⁴⁹ Edwards, Alberto “La Fronda Aristocrática”, página 63

Esta etapa culmina con la guerra civil de 1891 y con la derrota del Presidente Balmaceda y el triunfo del parlamento. A partir de entonces aun sin derogar formalmente la Constitución de 1833, se inicia un período político de predominio del parlamento por sobre el ejecutivo. Este período abre una crisis política permanente de neutralización del poder del Presidente por el parlamento, con rotativas de gabinete, que duran un promedio de cuatro meses. A ello se suma la emergencia del conflicto social con la aparición de la clase obrera asociada a la expansión de la industria del salitre desde fines del siglo XIX, que se expresa en la organización de entidades obreras importantes que con movimientos huelguísticos de gran envergadura a principios del siglo XX, instalan presión social sobre el sistema para reclamar por sus derechos.

En este contexto se llega a la elección presidencial de 1920 en que Arturo Alessandri triunfa sobre el candidato conservador Barros Borgoño.

"La elección de 1920 no fue un comicio intrascendente en que fuese lo mismo elegir entre políticos continuadores de un mismo régimen"⁵⁰. En efecto desde la consolidación de Chile como República durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX, la disputa por el poder político estatal se había verificado entre corrientes (conservadores y liberales) que pertenecían a la misma clase social, oligarquía terrateniente, grandes comerciantes, y el contenido de la disputa política había girado predominantemente sobre el mayor poder y peso del parlamento o del presidente de la República y a la separación de la iglesia del Estado. El contexto social y político del país en 1920 que como se señaló había instalado el conflicto social como parte del problema político del país, hace que esta temática ocupe un lugar central en la disputa política presidencial de 1920.

El candidato conservador Barros Borgoño levantó una plataforma con énfasis en la paz social y el orden, ejes clásicos de la agenda conservadora. El candidato liberal Arturo Alessandri levantó una plataforma que percibió con

⁵⁰ Frei Montalva Eduardo "La evolución política chilena". Revista *Zig-Zag*, 1955. pp. 87-98,

mayor sensibilidad la demanda de la sociedad chilena, iniciándose la década de 1920.

En primer lugar Alessandri propone un gobierno sólido y fuerte en clara reacción a la crisis política y de gobernabilidad que desde 1891 había instalado la "República parlamentaria"; pero fundamentalmente coloca de modo explícito como parte del ethos de su plataforma el tema de la justicia social, y de atender los derechos básicos de los sectores más postergados de la sociedad "de un extremo al otro del universo surge una exigencia perentoria, reconocida por todos los pensadores y por los más eminentes estadistas en orden a resolver, con criterio de estricta justicia y equidad, los derechos que reclama el proletariado en nombre de la solidaridad, del orden y de la convivencia social"⁵¹.

Alessandri instalado en el gobierno con su plataforma de clara orientación social, genera natural alarma en la oligarquía tradicional, y su gobierno como todos los del "período parlamentario", encuentra una tenaz oposición y bloqueo en el parlamento. Esta situación abre una crisis política que culmina con una rebelión militar que exigió el despacho de las leyes sociales paralizadas en el parlamento, a raíz de lo cual el Congreso aprobó con gran rapidez un paquete de leyes sociales que constituían el eje del compromiso de Alessandri.

A raíz de esta crisis militar el presidente de la República Arturo Alessandri se aleja y se marcha fuera del país dejando el poder en manos del comité militar.

Alessandri regresa al país en 1925, reasumiendo la Presidencia de la República e inicia los esfuerzos encaminados a una reforma constitucional. A estos efectos el Presidente designa por decreto, una comisión consultiva encargada de informar al gobierno sobre la forma de organizar una "asamblea nacional constituyente".

⁵¹ Arturo Alessandri. "Discurso de proclamación como candidato presidencial". En Aldunate Raúl *Ruido de sables*, pp. 140-142.

La Comisión consultiva se dividió en dos subcomisiones, una encargada de preparar el proyecto de Reforma y la otra destinada a establecer los mecanismos y procedimientos por los cuales este proyecto sería aprobado. La subcomisión de contenido de la Reforma fue presidida por el propio Alessandri, que concluyó su trabajo elaborando un proyecto de nueva constitución. La subcomisión encargada del modo de aprobar el proyecto no funcionó. Finalmente la Comisión consultiva afinó el proyecto definitivo prevaleciendo para su aprobación la opción de aprobarla mediante un plebiscito, frente a la demanda de otro sector que reclamaba que fuera aprobado por una asamblea constituyente.

El 30 de agosto de 1925 se sometió el proyecto de Constitución a plebiscito sobre tres alternativas 1) aprobar el proyecto de la subcomisión de reforma; 2) aprobar un proyecto disidente que abogaba por sostener el régimen parlamentario; y 3) el rechazo de ambas fórmulas.

Con una fuerte intervención del Presidente Arturo Alessandri en favor de la aprobación del proyecto de la subcomisión, este finalmente obtuvo una amplia mayoría en el plebiscito.

No obstante que todo el proceso que culminó con el plebiscito ya señalado, fue concebido como un proceso destinado a reformar la constitución de 1833, finalmente se estimó que se trataba de una nueva Constitución Política. Así surgió entonces la constitución política de 1925.

2- EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1925

La Constitución Política de 1925 tuvo objetivos que son coherentes con su proceso de gestación y con el cambio político que venía experimentando la sociedad chilena y sus instituciones desde el fines del Siglo IX, El principal, es el paso del sistema seudoparlamentario de facto que imperaba en Chile desde la revolución de 1891, a uno netamente presidencial, que desde la mirada actual

sigue vigente. Un segundo objetivo es una definición clara, de las atribuciones y competencias de cada uno de los poderes del estado; el establecimiento de la libertad de cultos, y especialmente dar cuenta de una nueva mirada en torno a la incorporación de los derechos llamados sociales.

En cuanto al contenido de la Carta Fundamental, ésta se estructuró sobre la base de 10 capítulos que contenían sus 110 artículos permanentes y 10 transitorios.

En su Capítulo I Estado Gobierno y Soberanía

Capitulo II Nacionalidad y Ciudadanía

Capitulo III Garantías constitucionales donde; Asegura igualdad ante la ley; Libertad de cultos; Libertad de opinión ; Derechos de reunión, Derechos de asociación y petición; Libertad de enseñanza, Igual admisión a todos los empleos y funciones publicas; Igual repartición de los impuestos y contribuciones en proporción de los haberes o en la progresión o forma que fije la ley, e igualdad ante la carga publica; La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna, contemplándose la función social del ejercicio del derecho de propiedad; La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción; La inviolabilidad del hogar y de la correspondencia epistolar y telegráfica; La protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social; Se establece el deber del Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país y la libertad personal.; Se establecen garantías o derechos en cuanto a la libertad, el recurso de amparo y a la indemnización por error judicial y; La legalidad del gasto público, que la fuerza pública es obediente, no deliberante y la nulidad de toda resolución o requisición de fuerza armada o de reunión del pueblo que desobedeciera a las autoridades.

Es importante detenerse en aquellos contenidos que dicen relación con los objetivos fundamentales de esta Constitución, siendo uno de los más importantes,

la libertad de cultos, poniéndose así término a una larga e histórica vinculación entre la Iglesia Católica y el Estado.

En materia de derechos sociales, la Constitución se subordinó a la consagración de ciertos principios, como la primacía del interés social por sobre el derecho individual de propiedad y los énfasis en el bienestar social de los ciudadanos.

El parlamento se estructuró sobre la base de dos Cámaras, la de Diputados, que duraba cuatro años, renovándose en su totalidad, y elegidos en votación directa por departamentos o agrupaciones de éstos, atendiendo al número de habitantes y, por otra parte, el Senado, también elegido directamente, a razón de cinco representantes por las nueve agrupaciones provinciales, durando ocho años en sus cargos y renovables parcialmente cada cuatro años.

Sin duda que, uno de los cambios fundamentales fue la consagración de un régimen presidencialista, que puso fin a la disputa entre el parlamento y el Presidente de la República que se arrastraba desde el último cuarto del Siglo XIX. Se estableció por primera vez la elección directa del Presidente de la República, asignándole, de esta manera, un mayor poder y autoridad, consagrándolo como el Jefe Supremo de la Nación. La duración del periodo se estableció en seis años y la imposibilidad de ser reelegido.

En caso de no obtener mayoría absoluta, era el Congreso Pleno el que decidía de entre las dos más altas mayorías. Como corolario al establecimiento del régimen presidencialista, se le otorgaron amplias atribuciones, en materia colegisladora, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en el nombramiento de ministros, diplomáticos, intendentes y gobernadores y facultades relativas a las Fuerzas Armadas y a los estados de excepción constitucional. En esta misma línea se privó a la Cámara de Diputados de la facultad de hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros, es decir, de censurar. Se estableció,

igualmente, la incompatibilidad entre los cargos de parlamentario y ministros. En materia de Ley de Presupuestos se radicó exclusivamente en el Presidente de la República su presentación sin que los parlamentarios pudieran aumentar los gastos en ella contemplados, limitándose su facultad solo a rechazar o rebajar gastos, y cualquier retardo en su aprobación haría regir el proyecto presentado, lo que impediría el entorpecimiento de la marcha del Estado.

Otro órgano creado fue el Tribunal Calificador de Elecciones que, por su integración y funciones, garantizaba la transparencia y ecuanimidad en los procesos electorales, despejando la injerencia de intereses políticos en la calificación de las elecciones como ocurría hasta antes de la Constitución de 1925.

Otro cambio fundamental y pilar del estado de derecho, fue la forma de elegir a los miembros del Poder Judicial, que ya no se radicaría en el Consejo de Estado, de conformación parlamentaria, que fue eliminado en la Constitución, sino que a través de quinas o ternas propuestas por el propio órgano judicial al Presidente de la República, quien designaría de entre los propuestos. El control de constitucionalidad de las leyes, se entregó a la Corte Suprema por la vía del recurso de inaplicabilidad.

En cuanto a la división administrativa, se dividió el territorio en provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos con sus respectivas autoridades encabezadas por el Intendente y en la base, la administración comunal se radicó en las municipalidades dirigida por el alcalde y los regidores.

En relación al procedimiento de reforma constitucional se flexibilizó el hasta entonces vigente, contemplándose, incluso la figura del plebiscito.

3- REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1925

El proceso de reforma constitucional se desarrolló a lo largo de los 55 años en que tuvo vigencia la Constitución de 1925, hasta la dictación de una

nueva, en 1980. En rigor su vigencia formal va de 1925 a 1980, sin embargo su vigencia real va de 1932 a 1973. Es difícil afirmar que la vida política nacional se desarrolló bajo el imperio de la Carta de 1925 en el período de la segunda anarquía. 1925- 1932. Y bajo el régimen de facto del General Pinochet entre 1973 y la dictación de la Constitución de 1980.

La primera etapa, que se inicia a partir de la vigencia de la Constitución, hasta el año 1932 y que responde a las principales dificultades y resistencias que generó el cambio de orientación de la nueva Constitución. Este periodo de severa inestabilidad política se caracterizó por incursiones recurrentes en la actividad política de sectores militares, cuestionaban la autoridad y la institucionalidad recién instaurada. La resistencia de los sectores políticos de dejar atrás el parlamentarismo, sumado a sucesivos gobiernos de muy corta duración, la inestabilidad política, la inobservancia de la nueva Constitución, marcaron el difícil comienzo de la Carta de 1925, y hubo de esperarse hasta 1932 para que sus ideas sus innovaciones institucionales, de presidencialismo, solidas instituciones, transparencia electoral, y reconocimiento de la cuestión social, pudieran comenzar a ordenar en la práctica la vida de la república. En el hecho, en el período que va desde su promulgación en 1925, hasta la segunda elección de Arturo Alessandri en 1932, conocido por los historiadores como “segunda anarquía”, la Constitución de 1925 tuvo un carácter meramente nominal. Bien puede decirse que su verdadera vigencia comenzó en 1932.

Una segunda etapa, de vigencia de la Constitución de 1925, va desde 1933 hasta 1973. Se inicia con un segundo periodo presidencial del Presidente Arturo Alessandri P. y que termina en 1973 con el golpe de estado que derrocó al Presidente Salvador Allende G.

Las principales reformas de la segunda etapa de vigencia de la Constitución Política de 1925 fueron diez, siendo las principales:

- En 1943 sobre limitación de la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos, aumento de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, otorgamiento de rango constitucional a la Contraloría General de la República y acusación política al Contralor.
- En 1957 sobre doble nacionalidad chileno-española y otras normas de nacionalización.
- En 1959 sobre aumento de duración en el cargo de regidores.
- En 1963 normas sobre pago en caso de expropiación de predios.
- En 1967 se modifica el artículo 10 N°10 sobre derecho de propiedad para efectos de la reforma agraria y modificaciones relativas a territorio e integración del Senado y de la Cámara de Diputados.
- En 1970 normas sobre rebaja de edad a los 18 años para ejercer los derechos de ciudadano, sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República, sobre delegación de facultades legislativas en el Presidente, sobre urgencias, comisiones mixtas, técnica legislativa, termino de leyes misceláneas, veto, promulgación, creación del Tribunal Constitucional, facultad del Presidente para convocar a plebiscito en caso de rechazo de reforma constitucional.
- En 1971 se modifica la Constitución para incorporar al texto constitucional, el Estatuto de Garantías Democráticas, negociado por la Democriacia Cristiana y Salvador Allende como condición de respaldar su elección en el Congreso, que aseguraba el respeto y libre ejercicio de los derechos políticos, de la libertad de expresión, derecho de reunión, libertad de enseñanza, inviolabilidad de la correspondencia, libertad de trabajo, libertad personal, reconocimiento a los partidos políticos.

Esta reforma, sumada a la de 1967 sobre el Derecho de Propiedad (Artículo 10 Número 10) para viabilizar la Reforma Agraria y la que viabilizó la nacionalización de los recursos naturales, fueron las mas relevantes a la

Constitución de 1925 y marcan un hito en nuestro desarrollo constitucional, marcando un gran paso en nuestra organización política hacia un estado social de derecho.

Ley de reforma constitucional 17.398 de 1971

Se trata de una reforma que abarca una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales, políticos y sociales. Los más importantes dicen relación con:

Libertad política y los partidos políticos, se regula el ejercicio de las libertades políticas, y se les garantiza constitucionalmente; se regula, también, su organización y competencias, la participación en los procedimientos electorales y a la publicidad y pluralismo político.

Libertad de expresión y régimen de los medios de comunicación, se modifica la libertad de expresión y el régimen de los medios de comunicación, garantizando que se pueden expresar sin censura previa, la circulación de noticias que no se opongan a la moral y a las buenas costumbres y otras regulaciones que la garantizan.

Derecho de reunión, se establece que solo la ley podrá regular las condiciones para el ejercicio del derecho de reunión.

Libertad de movimiento, se establece para regular la libertad de permanecer o trasladarse de un punto a otro del territorio de la Republica.

Derecho a la privacidad de las comunicaciones, extendiéndose la garantía a las comunicaciones telefónicas.

La creación de garantía general de los derechos económicos, sociales y culturales y deberes del Estado.

Derecho a la educación, estableciendo reformas relativas al sistema nacional de educación, a la Superintendencia de Educación Pública, a la selección y difusión de textos de enseñanza, a los establecimientos privados de enseñanza y de enseñanza universitarios.

Derechos y libertades vinculados al trabajo y la seguridad social, se modifican los derechos al trabajo, a la seguridad social, a la libertad de trabajo, al derecho a sindicarse y derecho de huelga.

Creación de garantía general de derechos de participación y deberes del Estado, se establece el derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional.

Establece un régimen general para las organizaciones sociales, en cuanto a su organización, democratización e independencia de las organizaciones sociales y a su ámbito de acción.

En materia de fuerzas Armadas y de Orden, se especifica que instituciones integran las fuerza pública, limitándolos a las Fuerzas Armadas y Carabineros, sobre la organización jerárquica, profesional y disciplinada, además, de su carácter obediente y no deliberante.

Como se señaló al inicio, esta reforma pretendió incidir en derechos muy importantes para el desenvolvimiento del país, especial mención para nuestro análisis cabe hacer a los derechos sociales. En efecto, el reconocimiento, como una garantía general, impone al Estado el deber de adoptar todas las medidas que tiendan a la satisfacción de estos derechos y que se reconocen como necesarios para el desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana. A partir de esta consagración, se debe estructurar el conjunto de normas y regulaciones que afecten a estos derechos, lo que les da una importancia superior.

En esta misma línea, el reconocimiento a la educación como una función primordial del Estado que se cumple a través del sistema nacional de educación, dejando atrás el concepto de “atención preferente” se orienta a establecer este sistema, integrado por instituciones de educación y, ajustado a planes y programas, previamente establecidos por las autoridades de educación, estableciendo de manera explícita que la educación debe ser democrática y pluralista no debiendo tener orientación partidaria oficial. Se crea una Superintendencia de Educación Pública para resguardar el respeto a estos objetivos.

En materia de consagración constitucional, se establece el derecho al trabajo, lo que conlleva derechos a una remuneración suficiente, acorde con la dignidad humana, para el bienestar del trabajador y su familia y justa participación de los beneficios. Lo mismo ocurre con la seguridad social, atribuyéndole a la ley la obligación de proteger al trabajador en caso de pérdida o suspensión de su capacidad de trabajo, y el derecho a gozar de una debida atención médica, contemplándose un sistema de seguro social de accidentes.

En cuanto a la libertad de trabajo, se garantiza la libre elección del trabajo y ya no solo como una garantía. Asimismo, se regula el derecho a sindicarse y el derecho a huelga, de conformidad a la ley. Se reconoce a las organizaciones sindicales personalidad jurídica y se define su ámbito de acción.

Mención especial cabe hacer a la creación, como garantía general de los derechos de participación y a los deberes del Estado. Las personas tienen derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El Estado, por su parte, tiene el deber de promover los obstáculos que lo limiten y de garantizar y promover su acceso a todos los niveles. Como consecuencia de lo anterior se establece un

régimen general para las organizaciones sociales, se busca su democratización e independencia, regulándose su ámbito de acción

Ley de reforma constitucional 17.450 de 1971

Esta reforma establece un régimen general de nacionalización, estableciendo que corresponde al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros; se nacionalizan los minerales, atribuyéndole al Estado el dominio absoluto, permitiendo se entreguen en concesión; se establecen reglas especiales para la nacionalización de la gran minería y se regulan los contratos leyes.

En síntesis la Constitución de 1925, y sus reformas de 1967 y 1971, marcaron el hito de mayor desarrollo del constitucionalismo democrático en Chile. Terminó de separar la Iglesia del Estado. Consagró un régimen electoral transparente, saldó la disputa histórica entre el Congreso y el Presidente de la República, y finalmente otorgó al estado un rol social que perfiló nuestra organización estatal con los contornos de un estado democrático y social de derecho.

Finalmente pero no menos importante, la Constitución de 1925 la fue claramente una Constitución normativa. Desde 1932 hasta 1973, como nunca antes en la historia de la república, la práctica política y el funcionamiento del poder estatal se ajustó a la norma constitucional. En el hecho entre esos años se sucedieron 8 Presidentes de la República, todos electos en elecciones democráticas. No hubo interrupciones extraintitucionales, y finalmente, mas allá de los conflictos propios de una época de grandes convulsiones, la democracia chilena vivió años promisorios y ganó bajo la vigencia de la Constitución de 1925, un justo prestigio como una de las mas avanzadas de América Latina.

A MODO DE CONCLUSIÓN.

El examen del desarrollo constitucional chileno y de sus textos, desde los primeros reglamentos constitucionales de la patria vieja, pasando por las Constituciones Políticas del periodo de los ensayos constitucionales, y finalmente las Constituciones de 1833 y 1925, de esta primera parte, nos lleva a una conclusión bastante compartida por el juicio de los tratadistas sobre nuestro desarrollo constitucional, en el sentido de que éste, se fundó tempranamente y fue adhiriendo de manera progresiva y creciente a los principios del constitucionalismo liberal y democrático.

“La influencia europea y norteamericana ha sido relevante en las constituciones Chilenas, particularmente en la etapa de fundación de la Republica y en los tiempos de las planificaciones globales ideológicamente concebidas. Empero, tal influencia no ha impedido cierta creación institucional sobre la base de la apreciación juiciosa de la experiencia histórica chilena concretamente vivida” “Realzable es, en fin, la continuidad de ciertos principios y normas entre las diversas Cartas Fundamentales, cualidad demostrativa de su arraigamiento.”⁵²

No obstante el profesor Cea Egaña pone de relieve, como fuente de la orientación del desarrollo del constitucionalismo chileno, lo que él llama la apreciación juiciosa de la experiencia histórica concretamente vivida; al consignar la experiencia Europea y Norteamericana en nuestras constituciones, y por otra parte, la continuidad por ciertos principios y normas, entre las diversas constituciones, obviamente, entendemos el juicio del profesor Cea en el sentido de consignar el apego de nuestro desarrollo constitucional de los principios del constitucionalismo liberal y democrático.

⁵² Egaña José Luis Retrospectiva y Perspectiva del Constitucionalismos Chileno en Revista de Derecho. Facultad de Derecho Universidad Austral pag.17

Por su parte el profesor Mario Verdugo reflexionando sobre las características de nuestra evolución constitucional señala algo que ya hemos rescatado al inicio de este trabajo y es que la persistencia por contar con un ordenamiento fundamental escrito, constituirá una característica relevante de todo el desarrollo histórico. Rescata por otra parte el modelo de basamento ideológico liberal de nuestros textos constitucionales. En el hecho el profesor Verdugo reconoce la presencia de los principios del constitucionalismo clásico en casi todos los textos constitucionales chilenos.

Sin embargo, si existe una apreciación bastante generalizada entre los tratadistas, de que los textos que marcan nuestro desarrollo constitucional hasta 1973, se fundaron desde el principio de nuestra vida republicana y de manera creciente, en la doctrina del constitucionalismo liberal y democrático; no ocurre lo mismo con la apreciación del proceso constitucional chileno, en relación a la medida en que los textos constitucionales marcaron efectivamente la realidad de como funcionó el poder estatal y cuanto se ajustó la práctica política a la normativa contenida en los textos de nuestras Carta Fundamentales entre 1811 y 1973.

Inferir del análisis precedente (sugiere el profesor Verdugo refiriéndose su ensayo, que se ha citado, sobre “ Los principios del constitucionalismo clásico en los textos constitucionales chilenos”) que nuestro país ha vivido a través de todo su orgullo histórico dentro de un marco del más puro constitucionalismo, sería ingenuo o poco serio.

No es esa por cierto nuestra postulación. Reconocemos desde luego que aplicando la divulgada tipología de Lowenstein muchos de los textos constitucionales que nos han regido – tal vez todos- podrían ser calificados de nominales, incluso algunos de semánticos. No se puede ignorar en efecto que al margen de lo consagrado en la Constitución escrita, los principios de la soberanía

nacional, separación de poderes, supremacía constitucional, tuvieron en la realidad una concreción muy precaria y desdibujada.

Objetivamente además, continua el Profesor Verdugo, puede establecerse que en determinados períodos, la participación ciudadana en el proceso de la elección de los gobernantes fue por demás exigua.

No compartimos la mirada excesivamente severa del profesor Verdugo sobre este punto. Elaboraremos nuestra conclusión sobre las características de nuestro desarrollo constitucional hasta 1973 formulando una síntesis de la evaluación de nuestras Constituciones desde tres aspectos.

En primer lugar, como en toda norma jurídica, y particularmente en la Constitución, una dimensión fundamental de su naturaleza jurídica viene dada por el modo en que fue generada. El poder del que emanó, cual fue el procedimiento por el cual este se expresó. En buenas cuentas hasta qué punto los procesos constituyentes de los distintos textos constitucionales chilenos hasta 1973, comportaron una verdadera participación del pueblo soberano en la gestación de la Constitución y particularmente de que modo operó el principio de la representación para configurar los órganos que las redactaron.

Ya hemos dado un juicio en este trabajo sobre el punto.

Hemos señalado que en los distintos períodos de nuestro desarrollo constitucional, nuestros textos tuvieron una génesis de nula o muy pálida aplicación del principio de la soberanía popular.

En los primeros Reglamentos y en las Constituciones liberales hasta 1833, el pueblo soberano que se expresó, fue una ínfima minoría conformada por las familias aristocráticas criollas que protagonizaron la revolución de la independencia.

Adicionalmente mas allá de las formas pretendidamente representativas, la mayoría de los textos de esos períodos tuvieron el carácter de Constituciones otorgadas, con una intervención directa de los gobernantes que las impulsaron, en la configuración de los cuerpos representativos que las redactaron. También en los procesos referendarios de algunas de ellas.

Las propias Constituciones de 1833 y 1925 y sus reformas mas sustanciales, adolecieron siempre en sus procesos de gestación, de un severo un déficit en orden a materializar el principio de la representación, que estuvo siempre perforado por el carácter restringido del derecho a sufragio. En la Constitución de 1833 por el voto censitario, que excluía a la inmensa mayoría de participar como ciudadano en la vida política. Morigerado este por las reformas a la Constitución de 1833 de fines del siglo XIX, siguieron excluidos los analfabetos y la mitad del pueblo perteneciente al género femenino. Ello significó que la propia Constitución de 1925 fuera ratificada plebiscitariamente por una porción muy minoritaria del pueblo soberano.

El largo camino que terminó por consagrar en nuestra Constitución Política el voto universal sin restricciones culminó el 2014 con la aprobación de la reforma constitucional que aprobó el derecho a voto de los chilenos en el exterior del país.

En segundo lugar no nos extenderemos en señalar, que como lo hemos reiterado, desde nuestro punto de vista, queda claro, en esta primera parte de nuestro trabajo, que los textos constitucionales chilenos hasta 1973 se apegaron crecientemente a los principios del constitucionalismo clásico, encontrando en sus principios y en la filosofía del liberalismo político, su fuente doctrinaria fundamental.

En tercer lugar y en relación al modo y la medida que las constituciones políticas chilenas, sus textos y los principios contenidos en ellos tuvieron

concreción en la realidad de la práctica política, no podemos compartir el drástico juicio del profesor Verdugo ya citado.

Debemos hacer un contrapunto con su aseveración ya citada, de que los textos constitucionales que nos han regido, -tal vez todos- podrían ser calificados de nominales, incluso algunos de semánticos (conforme a la tipología de Lowenstein).

No creo que ninguno de los textos constitucionales anteriores a 1973 reúna suficientemente las características de una constitución semántica. Ni si quiera las de 1818 y 1822, en rigor otorgadas por O'Higgins, pues no se puede olvidar que si bien ejercía un poder omnímodo, fue por decisión unánime del Cabildo de Santiago. Su propia dimisión en 1828 nos revela ex post, que no buscó tampoco eternizarse en el poder.

Desde esta perspectiva de análisis, creo no debe obviarse el dato que luego de dos guerras civiles, la que culminó en Lircay en 1929 con el triunfo conservador y la de 1891 que culminó con el triunfo de la facción del Parlamento contra el Presidente Balmaceda, en ambas ocasiones, los vencedores mantuvieron la vigencia de la Constitución. en el primer caso de la Constitución de 1828 y en el segundo de la Constitución de 1833.

Por otra parte como ya lo hemos analizado, nuestro juicio es que sin duda los textos constitucionales anteriores a 1833 y la propia Constitución de 1833 hasta la reforma de 1874, tuvieron sin duda el carácter de nominales.

Sin embargo, como hemos dicho, desde esa fecha hasta la revolución de 1891 creemos que puede ser calificada de normativa, para perder este carácter entre 1891 y volver a una naturaleza ontológica de constitución nominal hasta 1925.

Finalmente, la Constitución de 1925, excluidos los primeros 7 años desde su promulgación en que fue un texto meramente nominal, desde 1932 hasta 1973,

examinando la evolución y realidad de la práctica política y del funcionamiento del poder estatal, afirmamos que puede ser calificada de una constitución normativa y que con el desarrollo político del país hasta, los años 70 adquirió con toda claridad este carácter ontológico.

En síntesis, admitiendo que el tópico historiográfico, de que el desarrollo político e institucional de Chile fue, como se nos enseñó en la escuela primaria “una democracia ejemplar”, constituye una de aquellas exageraciones mitológicas con que las naciones van construyendo su identidad; existe sin embargo una apreciación bastante generalizada en tratadistas que han observado y analizado nuestro desarrollo político y constitucional, de que Chile posee antecedentes que destacan claramente en América Latina.

“Chile tiene una historia de gobierno representativo no superada en América Latina”⁵³ Chile tiene una “tradición de respeto por el orden constitucional establecido y por la decisión de la urna electoral”⁵⁴

Formularemos nuestra conclusión global y final sobre el desarrollo constitucional chileno hasta el golpe de estado de 1973 con un juicio que responde a una pregunta que en las conclusiones a su trabajo sobre la materia formula el profesor Mario Verdugo.

“Tal vez resulte igualmente pertinente plantear las interrogantes en un aspecto menos negativo. Preguntarse por ejemplo, si los textos aludidos han contribuido a generar una auténtica tradición constitucional; si el apego a ciertas pautas jurídico políticas no han contribuido a generar la personalidad política de un pueblo. ¿Qué significado tiene el que durante ciento cincuenta años los gobernantes hayan tenido la perseverancia de reconocer los principios de la

⁵³ J Johnson. La transformación política de América Latina” citado por Mario Verdugo ob citada p. 142

⁵⁴ M.Zetlin Las determinantes sociales de la democracia política en Chile. Citado por Mario Verdugo ibídem.

soberanía nacional, de los derechos fundamentales, y del imperio de la ley? ¿Ha sido ello un simple apego a u “moda extranjerizante” o la expresión del ser nacional.?

Afirmamos como conclusión y respondiendo las interrogantes formuladas por el profesor Verdugo, que el constitucionalismo democrático chileno hasta 1973, lo fue no solo en los textos, si no de manera creciente, los principios consagrados en la norma positiva, fueron moldeando y encauzando la práctica política de la sociedad y el comportamiento del poder estatal.

En una primera fase de desarrollo, los textos tuvieron un carácter meramente nominal, para ir adquiriendo con la consolidación del estado, de sus instituciones republicanas y el desarrollo político de la sociedad, cada vez mas, el carácter de textos normativos y aproximando la realidad de la práctica política a las normas y principios consagrados en el texto positivo..

Desde un enfoque kelseniano invertido, podríamos afirmar, que desde la existencia de la norma positiva, se instalaron en la cultura política nacional como norma hipotética, los principios del constitucionalismo liberal democrático. Si bien, el núcleo axiológico del liberalismo político, constituyó en la práctica histórica de nuestro desarrollo constitucional la norma hipotética fundamental sobre la que se construyó nuestro derecho público positivo, ella no fue el resultado de un consenso axiológico de la sociedad chilena. Se fundó en una convicción ético intelectual de la pequeña elite que construyó la república en el siglo XIX, para permear desde la norma positiva las costumbres, la práctica política concreta y la “personalidad política del pueblo” . La norma positiva contribuyó a la consolidación de la cultura democrática como parte del “ser nacional”.

En síntesis, ello explica que en la segunda década del siglo XXI, y en la perspectiva de un proceso constituyente abierto, podamos afirmar que si una

futura Constitución emana de la soberanía del pueblo chileno y se convierte en derecho positivo, materializando y fundándose en una norma hipotética fundamental constituida esta por el consenso axiológico del pueblo chileno, sobre el régimen político y el modelo de estado y de gobierno que quiere construir, deberíamos concluir que estamos hablando de los principios de un estado democrático y social de derecho. Y en este consenso axiológico⁵⁵ mucho ha tenido que ver en el curso de nuestro proceso político histórico, el apego de nuestros textos constitucionales desde los albores de la república hasta 1973, a los principios del constitucionalismo liberal y democrático, la soberanía nacional, la división de poderes, el imperio de la ley, los derechos fundamentales; y el modo como fueron moldeando la evolución política del país.

Si es verdad, como se ha reiterado, que los textos constitucionales chilenos de orientación liberal democrática desde los albores de la República, fluctuaron en los diversos períodos del desarrollo político y devenir histórico del país, entre un carácter a veces meramente nominal, sobre todo los reglamentos de la patria vieja y los ensayos constitucionales liberales previos a 1933; con la consolidación de la república y el desarrollo político del país, fueron adquiriendo crecientemente un carácter normativo y contribuyeron, en consecuencia, de una manera no despreciable, a que la práctica política y el funcionamiento de los resortes y mecanismos del poder estatal, se ajustaran crecientemente a la normativa consagrada en sus textos.

Ello es lo que le dio prestigio a la democracia chilena en el concierto latinoamericano y consolidó una concepción axiológica en la sociedad chilena, que permaneció arraigada como parte de los valores permanentes de la nación, más allá del desplome de las instituciones democráticas por el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

⁵⁵ Cuando hablamos de consenso axiológico no hablamos de unanimidad. La aseveración comporta un juicio de valor de orden político de nuestra parte en el sentido, de que una mayoría que atraviesa las fronteras de las actuales coaliciones lo comparte.

Ello explica que pese a la profundidad de la revolución conservadora llevada adelante por el General Pinochet y el Gobierno Militar de las Fuerzas Armadas y de las radicales mutaciones sociales, económicas y culturales que introdujo a la sociedad chilena, que culminaron en la pretensión de consolidar institucionalmente un nuevo régimen no democrático y autoritario en lo político, bajo la tutela de las Fuerzas Armadas y de pluralismo restringido por una parte, y liberal al extremo a nivel económico por la otra, no lograra prevalecer, y la sociedad chilena aun en condiciones de extrema desventaja frente a un gobierno que ejercía un poder omnímodo, descarrilara el proyecto de la Junta Militar, de refundar el país, el 5 de Octubre de 1988, derrotando al General Pinochet en el plebiscito, que contra los designios para los cuales había sido establecido (8 años más de gobierno para el general Pinochet que ya llevaba 17 al mando de la nación) y consolidación del régimen político autoritario establecido en la Constitución de 1980, abriera paso al proceso de transición política de restablecimiento de la democracia, conforme a la doctrina y los principios del constitucionalismo liberal y democrático que nuestros textos constitucionales habían contribuido a instalar como parte de los valores permanentes de la nación.

SEGUNDA PARTE

EL PROCESO CONSTITUCIONAL DESDE LA CONSTITUCION DE 1980.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, POLÍTICOS E INSTITUCIONALES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.

1. Antecedentes político-históricos.

La elección presidencial de 1920 constituye un hito, a partir del cual comienza a trasladarse el eje del conflicto político en el país, desde el clivaje conservadores versus liberales, que tuvo el carácter de una disputa intraclasista de la oligarquía, y que giró alrededor de la confrontación entre el Congreso y el Presidente de la República; para instalarse crecientemente particularmente desde principios del siglo XX, en un eje asociado al conflicto social, marcado por la emergencia de la clase obrera y la consolidación de una importante clase media, que se convierten en actores sociales cada vez con mas peso y con representación política creciente en el sistema. Las tres primeras décadas del siglo XX marcan un proceso de incremento permanente de su peso y su influencia. Es así como a partir de la década del 30, impulsan proyectos de cambio social que desafían crecientemente el control de la oligarquía sobre la sociedad civil y el poder estatal.

En el hecho en el curso de período político histórico que inaugura la Constitución de 1925, la totalidad de las elecciones salvo la de 1932 y la de 1958 fueron ganadas por fuerzas políticas o coaliciones de carácter progresista o de centro izquierda, y una en 1952 por una candidatura populista, las que propiciaron e implementaron programas de cambios sociales profundos. Esto fue desafiando de manera creciente la hegemonía conservadora y a la oligarquía tradicional. A partir de los años 60 se agudizó la polarización social y política,

que alcanzó un grado de confrontación importante durante el gobierno reformista del socialcristiano Eduardo Frei (1964-1970), para alcanzar niveles que serían irreversibles a partir de la elección presidencial de Salvador Allende en 1970. Allende es elegido Presidente al frente de una coalición de izquierda, con el compromiso de implementar un programa socialista por la vía institucional y democrática. La polarización y el conflicto político durante el gobierno de Allende finalmente no pudieron ser resueltos por la vía política y dentro de los cauces de las instituciones, y culminaron con el quiebre del sistema democrático y con el golpe de Estado de las Fuerzas Armadas de 1973.

2. Antecedentes institucionales

A lo menos tres elementos de la institucionalidad política vigente contribuyeron a la crisis política que derivó en el golpe de estado: En primer lugar en el marco de un régimen político fuertemente presidencial consagrado en la Constitución de 1925, se elegía Presidente de la República entre las dos primeras mayorías relativas por el Congreso si ningún candidato obtenía mayoría absoluta, lo que generaba gobiernos minoritarios que enfrentaban una oposición mayoritaria en el parlamento lo que afectaba severamente la gobernabilidad.

En segundo lugar, el sistema electoral que consagraba la Constitución de 1925 de carácter proporcional, propiciaba un sistema de múltiples partidos políticos. Adicionalmente el sistema electoral no permitía listas de pactos electorales entre partidos políticos lo que en un sistema de múltiples partidos, constituía un obstáculo entre otros, a articulaciones mayoritarias que favorecieran la gobernabilidad.

Estos elementos dieron paso a gobiernos de minoría con la oposición parlamentaria en condición mayoritaria, situación que se repitió en el gobierno de Allende convirtiéndose en factores de ingobernabilidad y finalmente parte de la crisis política.

3. El contexto internacional como antecedente

La polarización social y política que alcanzó su máximo nivel en el gobierno del Presidente Allende, se desarrolló en un contexto internacional caracterizado por la bipolaridad planetaria de la guerra fría y la confrontación entre los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Soviética.

Esta confrontación de las dos grandes potencias de la guerra fría convirtió los conflictos políticos de los países periféricos en parte del tablero de la confrontación global produciendo en el caso de América Latina y particularmente en la situación chilena durante el Gobierno de Salvador Allende, una suerte de desnacionalización del conflicto político, pasando a convertir la lucha entre el gobierno de Allende y la oposición de centro derecha, en un episodio de la guerra fría, con injerencia directa en el conflicto de las grandes potencias.⁵⁶

4. Ideologización del conflicto político

Cabe señalar como otro antecedente que influyó en la crisis que terminó con el quiebre del régimen democrático chileno, la fuerte ideologización de los actores y por consiguiente de los programas políticos de las distintas fuerzas que operaban en el sistema, lo que implicaba que en cada elección presidencial se jugaba mas que un programa político un modelo integral de sociedad. Ello comportaba también un obstáculo para del desarrollo de una cultura coalicional que hubiera permitido mayorías mas sólidas y favorecido la gobernabilidad.

⁵⁶ En el hecho una Comisión del Senado de los Estados Unidos dirigida por el Senador Frank Church, sobre “Acción encubierta en Chile 1963 – 1973- estableció que el gobierno del Presidente Richard Nixon se propuso e intervino primero para impedir que asumiera el presidente Allende y después derrocar su gobierno convirtiéndose materialmente en un precursor directo y fundamental del golpe de estado del 11 de Septiembre de 1973.

La ideologización, una mirada mas secular para abordar los programas políticos, se agregó como un factor, de la fragmentación, el desencuentro y la conflictividad que devino en polarización insostenible.⁵⁷

5. La derrota de la política

En ambos bloques, tanto el bloque de izquierda que sustentaba al Gobierno, como la coalición de centro derecha que constituía el bloque opositor, que protagonizaron el conflicto político durante el Gobierno del Presidente Allende, operaban sectores que privilegiaban las vías políticas e institucionales, junto a sectores que buscaron desde el principio, alcanzar sus objetivos desechando las vías institucionales.

Por parte del bloque opositor, el gobierno de los Estados Unidos y los partidos de derecha, privilegiaron desde el primer momento una estrategia golpista, destinada primero a impedir que Allende, que había ganado la elección de 1970, asumiera la presidencia y luego a derrocarlo propiciando el golpe de Estado.

En el bloque que sustentaba el gobierno, el MIR, y la mayoría del Partido Socialista, constituían fuerzas políticas que con anterioridad al triunfo de Allende habían desechado la vía institucional para impulsar su proyecto político, y entendieron el Gobierno de Allende como una cabeza de playa para el asalto al poder total.

La acción de los sectores señalados, dentro de los respectivos bloques en conflicto se retroalimentó generando un cuadro de aumento sin retorno de la polarización, en que el espacio para una solución política se fue reduciendo, lo

⁵⁷ Un ejemplo de esto es que la elección presidencial de 1958 es ganada por Jorge Alessandri, el candidato de derecha con el 31,56% de los votos, y derrota a Salvador Allende, candidato de la izquierda que obtiene el 28,85% de los votos, a Eduardo Frei candidato social cristiano reformista, que obtiene el 20,70% y a Luis Bossay candidato radical de centro izquierda laica socialdemócrata, con el 15,55% de los votos.

que contribuyó al escalamiento de la crisis, pavimentando el camino al quiebre institucional.

La crisis política, culminó con el golpe de estado de las Fuerzas Armadas el 11 de Septiembre de 1973. Depuesto el Presidente Allende se instaló el gobierno de las Fuerzas Armadas en la forma de una Junta Militar de Gobierno que integraron los Comandantes en Jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas mas el General Director de Carabineros, Presidida por el General Augusto Pinochet.

La Junta Militar de Gobierno se definió al constituirse como un gobierno restaurador de la institucionalidad quebrantada a su juicio por el Gobierno de Allende. (Decreto Ley N°1)

Sin embargo, en 1974 automodificó su naturaleza, caracterizando el golpe de estado que depuso a Allende, como una revolución legítima y justa, se autasignó el poder constituyente originario para construir una nueva institucionalidad.

Ello constituye el antecedente en virtud del cual la Junta Militar elaboró la Constitución promulgada en 1980.

CAPÍTULO 2. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1980

No obstante que el golpe de Estado de 1973, se presentó como un movimiento "restaurador" y no "revolucionario", como queda en evidencia en el Decreto Ley Número 1 del 12 de Septiembre de 1973, que constituye el "Acta de Constitución de la Junta de Gobierno", que señala en el punto primero de su parte resolutive, refiriéndose a los Comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al Director general de Carabineros:

"Decreto ley Primero: con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación, con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantada"⁵⁸

Asociado al "propósito restaurador de la institucionalidad quebrantada", explicitado en el decreto N°1 en la alta oficialidad de las Fuerzas Armadas, se hizo recurrente, en los días posteriores al golpe, la conversación sobre los plazos del gobierno militar. "El 4 de noviembre de 1976, la fecha prevista para que Allende dejara el poder, ofrecía sentido político: un plazo breve, suficiente 'para restaurar la institucionalidad quebrantada', con sentido de continuidad y una carga simbólica ligada a la democracia, nadie pensaba seriamente en un régimen más prolongado; la emergencia formaba parte de la concepción, del desarrollo y de la resolución del Golpe. Quien pudiera imaginar otra cosa en ese momento debía guardar el secreto. Cuando la Junta discutió el asunto, el acuerdo fue el mismo "restauración lo antes posible".⁵⁹

En el hecho, una semana después del golpe, la Junta aprobó la idea propuesta por el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea para nombrar una comisión que estudiara reformas a la Constitución de 1925. El 20 de septiembre en la primera reunión citada por el integrante de la Junta y Comandante en Jefe de la Fuerza Aerea, a algunos juristas y profesores de Derecho Constitucional, se mencionó nuevamente la fecha tentativa del 4 de noviembre de 1976, como plazo del "proceso restaurador de la institucionalidad quebrantada"

Sin embargo, el general Pinochet, Presidente de la Junta, recondujo con rapidez la orientación del golpe de estado y la naturaleza del gobierno, iniciando un proceso que transformaría al Gobierno Militar ejercido institucionalmente por las Fuerzas Armadas, que habían depuesto al Gobierno del Presidente Allende, con el propósito de restaurar la institucionalidad quebrantada por este,

⁵⁸ El Decreto Ley Número 1 de constitución de la junta de gobierno del 11 de septiembre de 1973.

⁵⁹ Ascanio Cavallo, Manuel Salazar y Óscar Sepúlveda. La historia oculta del régimen miliar. p. 28.

en una revolución mesiánica anticomunista, fundada en la doctrina de la seguridad nacional en la que el General Pinochet encarnaría el rol de caudillo.

Esta situación constituye la base política, sobre la cual se inicia una secuencia de declaraciones, decretos leyes y resoluciones de la Junta Militar de gobierno que van encausando lo que terminó siendo el proceso constituyente que culminó en la promulgación de la Constitución de 1980.

El primer hito lo constituye el documento "DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS" del gobierno de Chile, aprobada el 11 de marzo de 1974 (redactada por un grupo de juristas dirigidos por Jaime Guzmán Errázuriz, cerebro y artífice de la Constitución de 1980 y el régimen político por ésta instaurada). Esta declaración junto a los aspectos ideológicos que inspiraban al Gobierno Militar, contiene un acápite que puede ser considerado como el primer hito del proceso constituyente que protagonizó la Junta Militar de gobierno, bajo el subtítulo "una nueva y moderna institucionalidad: tarea para el actual gobierno". Allí se señala textualmente "el gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden ha asumido la misión histórica de dar a Chile una nueva institucionalidad que recoja los profundos cambios que la época contemporánea ha ido produciendo. Solo así será posible dotar a nuestra democracia de una sólida estabilidad, depurando nuestro sistema democrático de los vicios que facilitaron su destrucción, pero trascendiendo una mera labor rectificadora para entrar de lleno en el audaz campo de la creación". Los implícitos sustanciales de este documento son dos: por una parte que la Junta militar de gobierno se auto concedía el poder constituyente, y en segundo lugar, de que lo ejercería para construir una nueva institucionalidad distinta de la que consagraba la Constitución de 1925 "entrando de lleno en el audaz campo de la creación".

Un segundo hito en el itinerario que culminó en el proceso constituyente que dio lugar a la Constitución de 1980, lo constituye el Decreto Ley N° 128 del 12 de noviembre de 1973 que señala textualmente

"Decreto ley:

Aclara el sentido y alcance del artículo primero del Decreto ley N° 1 de 1973.

Visto:

- a) Lo dispuesto en el Decreto Ley N°1 del 11 de septiembre de 1973.
- b) La necesidad de aclarar el sentido y alcance del Artículo 1° del citado texto legal, en cuanto expresa que la Junta de Gobierno ha asumido el mando Supremo de la Nación, y
- c) Que la asunción del Mando Supremo de la Nación supone el ejercicio de todas las atribuciones de las personas y/u órganos que componen los Poderes Legislativos y Ejecutivo y en consecuencia el Poder Constituyente que a ellos corresponde.

La Junta de Gobierno ha acordado y dicta el siguiente Decreto Ley

Artículo 1°. La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo.

El Poder Judicial, ejercerá sus funciones en la forma y con independencia y facultades que señale la Constitución Política del Estado.

Artículo 3. El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando estos lo estimen conveniente, con la de él o los ministros respectivos".

Este decreto ley constituye un hito muy importante del proceso constituyente toda vez que rectifica de forma explícita como lo señala su texto, el artículo 1° del Decreto Ley N° 1 de 1973 que consagraba como propósito de la Junta de Gobierno: "el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas".

En virtud del Decreto Ley N° 128 la Junta de Gobierno y las Fuerzas Armadas se auto conceden, como lo señala el texto expreso el Poder Constituyente; lo que constituye un paso en la secuencia de decisiones políticas del Gobierno Militar que culminaron en el proceso constituyente, a través del cual, la Junta Militar de gobierno elaboró la Constitución de 1980.

Posteriormente el Decreto Ley N° 527, del 17 de junio de 1974, dictó un estatuto de funcionamiento y de la forma en que la Junta Militar de Gobierno ejercería el Poder Legislativo y Constituyente. El Artículo 6 de este Decreto Ley señala: "Artículo 6. Un Decreto ley complementario establecerá los órganos de trabajo y los procedimientos de los que se valdrá la Junta para ejercer las potestades constituyentes y legislativas.

Estas normas complementarias establecerán, además los mecanismos que permitan a la Junta de Gobierno requerir la colaboración de la comunidad -a través de sus organizaciones técnicas y representativas- para la elaboración de los decretos leyes".

Un capítulo trascendente, de la secuencia de hechos y resoluciones que fueron configurando el proceso constituyente de 1980 y su alcance y naturaleza, lo constituye el discurso pronunciado por el General Pinochet en julio de 1977 en un acto público⁶⁰.

En su alocución el General Pinochet formula los primeros anuncios de un itinerario de institucionalización de su régimen de facto y por otra parte reafirma los elementos doctrinarios fundamentales contenidos en la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile" de 1974, y particularmente el carácter refundacional de la institucionalidad que se proponía construir arrogándose en el hecho un poder constituyente originario.

⁶⁰ Se trató de un acto público en homenaje a la juventud de connotaciones claramente fascistas celebrado en el Cerro Chacarillas en julio de 1977.

"El 11 de septiembre no solo significó el derrocamiento de un gobierno ilegítimo y fracasado sino que representó el término de un régimen político institucional definitivamente agotado y el consiguiente imperativo de construir uno nuevo", para anunciar en seguida los contornos del régimen que se proponía crear, caracterizándolo como "una nueva democracia autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social".

Paralelamente a los Decretos leyes mencionados, en virtud de los cuales la Junta Militar de gobierno fue estableciendo de modo inequívoco de que ejercería un poder constituyente originario, es decir, destinado a una nueva institucionalidad, el general Pinochet fue develando su intención y propósito de que la institucionalización del proceso que encabezaba le garantizara un poder vitalicio. En declaraciones a la revista Ercilla, el año 1975, declaró "el régimen actual está llamado a durar posiblemente una generación. Esta lucha puede esperar un siglo si es necesario porque conviene dar nacimiento a un espíritu público nuevo, que haga imposible el retorno al juego político anterior.

El proceso iniciado el 11 de septiembre de 1973 es un camino sin retorno"⁶¹.

De este modo se encausó el proceso constituyente que culminaría en la Constitución Política de 1980.

La elaboración de un anteproyecto quedó radicada en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política del Estado, que la Junta Militar de gobierno había creado por decreto supremo N° 1.064 del Ministerio de Justicia el 25 de octubre de 1973.

El objeto de la comisión señalado en el decreto era "reconstruir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República para la cabal consecución de los objetivos enunciados en el acta de constitución de la Junta de

⁶¹ Revista Ercilla, agosto de 1975.

Gobierno". Hay que recordar que el acta de constitución de la Junta de Gobierno (decreto de ley N° 1) declaraba un objetivo restaurador de la institucionalidad quebrantada por Allende, sin embargo, la Comisión, más allá del objeto declarado en el decreto 1.064, evolucionó con rapidez orientando su trabajo en la línea de suplantar el tipo de institucionalidad política que el país había tenido hasta 1973.

La integración original de la comisión estuvo compuesta por algunos relevantes juristas que apoyaban al gobierno militar: la presidía Enrique Ortúzar Escobar (Ex Ministro de Justicia y Relaciones Exteriores en el gobierno conservador del presidente Jorge Alessandri (1958-1964)), secretario Rafael Eizaguirre Echeverría. integrantes, Jaime Guzmán Errázuriz, Alicia Romo Román, Sergio Diez Urzua y Gustavo Lorca.

Hay que señalar que la comisión incluyó a dos juristas de la Democracia Cristiana Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans y al profesor Jorge Ovalle que profesaba ideas que podríamos calificar de un centrismo social demócrata laico.

Esta configuración original de la comisión expresaba una cierta intención de pluralismo aunque limitado. Sin embargo renunciaron Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans por severas discrepancias, particularmente habían rechazado la disolución por decreto de los partidos políticos. También renunció Jorge Ovalle hostigado por el general Pinochet debido a su cercanía con el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, General Gustavo Leigh, que hasta su defenestración en 1978, constituyó siempre un freno y un contrapeso en la Junta de Gobierno a las aspiraciones de Pinochet de dejar de ser un *primus inter pares*, para acaudillar el proceso.

En reemplazo de los tres juristas renunciados, ingresaron Luz Bulnes Aldunate, Raúl Bertelsen y Juan de Dios Carmona, todos ellos fervientes

partidarios del régimen del General Pinochet, con lo cual la comisión perdió cualquier asomo de pluralismo ideológico para trabajar en la elaboración de la nueva institucionalidad.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, funcionó desde su formación hasta octubre de 1978, realizó 417 sesiones y aprobó finalmente un texto de ante proyecto de Constitución Política. El anteproyecto respondió fundamentalmente a las pautas y a la influencia del General Pinochet.

En el hecho el General, compareció en las oficinas de la comisión el 15 de noviembre de 1977, para entregar un memorándum con orientaciones para la elaboración de la nueva constitución. El oficio entregado por Pinochet a la comisión dio la pauta y tuvo una importancia crucial en la orientación del proceso constituyente. Elaborado por su Ministra de Justicia, Mónica Madariaga, con la colaboración y asesoría del jurista Jaime Guzmán Errázuriz, era una síntesis de todos los elementos para la nueva institucionalidad contenidos en la Declaración de Principios del Gobierno Militar.

El memorándum del General Pinochet tuvo una influencia decisiva en el trabajo de la comisión. Cuando esta entregó el anteproyecto, este se ceñía con gran rigor a las orientaciones contenidas en el memorándum del General.

El paso siguiente en el desarrollo del proceso constituyente fue la revisión y análisis del proyecto de constitución por el Consejo de Estado⁶².

Presidido por el ex presidente Jorge Alessandri, que era la principal figura de la derecha civil, con un prestigio y un peso político respetable, incluso frente al estamento militar gobernante. Alessandri celoso de la independencia del Consejo de Estado vio una oportunidad de incidir en la construcción de una

⁶² El Consejo de Estado fue instaurado por el Gobierno Militar como organismo asesor del presidente en 1976 (Decreto Ley N° 1.319). Está integrado por los ex presidentes de la República Jorge Alessandri y Gabriel González Videla (el ex presidente Frei Montalva no aceptó participar) y por otras ex autoridades de la República.

institucionalidad que perfeccionara la Constitución de 1925, que había sido un objetivo y preocupación permanente en su vida política⁶³.

En el Gobierno Militar se generó inquietud sobre el informe que emitiría el Consejo de Estado "El consejo era visto en el gobierno como un verdadero fortín del ex mandatario. Todas las personas que lo integraban contaban con su expresa aprobación. Nadie fue nombrado sin que Alessandri lo consintiera"⁶⁴.

El informe del Consejo de Estado observó diversos aspectos del proyecto de Nueva Constitución. Cabe destacar con mayor relevancia la proposición de configurar el Consejo de Seguridad Nacional con cinco civiles más. Cinco ministros que darían mayoría a los civiles. Esta modificación propuesta perforaba la concepción del Consejo de Seguridad Nacional como un organismo eminentemente de integración militar, resorte fundamental del concepto de tutelaje del sistema político por las Fuerzas Armadas. Por otra parte el informe del Consejo de Estado, propuso cambios muy sustanciales en relación al articulado transitorio. Particularmente acortaba el período de transición, de 8 años propuestos en el proyecto de la Comisión a los cinco años siguientes a la aprobación de la Constitución. Eso significaba que la transición terminaría en marzo de 1986. Proponía además, elección democrática de alcaldes en 1985 y proponía para Marzo de 1986 elecciones de Presidente de la República y Diputados, en las cuales la opción que se le presentaba al General Pinochet era ser candidato en competencia en tales comicios.

Este itinerario y plazos de transición, abatían por completo el espíritu y la letra de las disposiciones transitorias del proyecto de la Comisión, cuyo propósito fundamental era la prolongación en el tiempo del gobierno de facto de las Fuerzas Armadas, y la perpetuación del General Pinochet en el poder. El

⁶³ En el hecho, poco antes de terminar su mandato como presidente de la república envió un proyecto de reforma constitucional al congreso que no prosperó.

⁶⁴ Ascanio Cavallo, Manuel Salazar, Óscar Sepúlveda. *La historia oculta del régimen militar*, p.354.

proyecto de Constitución elaborado por el Consejo de Estado fue entregado al gobierno el 08 de junio de 1980.

Recibido el proyecto elaborado por el Consejo de Estado, el General Pinochet tomó dos medidas inmediatas que marcarían la última fase del proceso constituyente. Instruyó a su Ministro del Interior formar una comisión para analizar el proyecto del Consejo de Estado, concretamente el texto propuesto de articulado permanente. Respecto de las proposiciones del Consejo relativas a las disposiciones transitorias, asumió personalmente su revisión. (hay que recordar que las proposiciones del Consejo de Estado tenían el carácter de meras recomendaciones sin poder vinculante. Sin embargo, en este caso tenían un gran peso, derivado exclusivamente del prestigio, peso político e influencia del ex presidente Jorge Alessandri),

La comisión formada por el Ministro de Interior por intención del general Pinochet, la integró la Ministra de Justicia Mónica Madariaga y cuatro Auditores Militares nombrados por la Junta de gobierno, el General Fernando Lyon por el Ejército; el Almirante Aldo Montagna por la Armada, el General Enrique Montero por la Fuerza Aérea, y el Mayor Harry Grunewald, por Carabineros, integrándose también el jefe del Estado Mayor de la Presidencia, el General Santiago Sinclair. Ofició como Secretario el Capitán de Navío Mario Duvachelle.

La Comisión del Ministro del Interior, los Auditores Militares y la Ministra de Justicia, desechó los aspectos fundamentales, en que el proyecto de Alessandri y el Consejo de Estado había modificado el proyecto de la Comisión para la Nueva Constitución, que como se ha señalado, se había apegado estrictamente a las orientaciones del memorándum que en su momento les había entregado el General Pinochet.

En julio de 1980, el general Pinochet entregó al Ministro del Interior el texto de las disposiciones transitorias que había revisado personalmente,

señalándole que ya habían sido aprobadas por la Junta de Gobierno. El texto desechaba todas las proposiciones formuladas por el Consejo de Estado y el ex Presidente Alessandri relativas a las disposiciones transitorias, que hacían a las características y plazos de la transición, quedando finalmente como era la voluntad del General Pinochet, una prolongación por 8 años de su mandato como Presidente de la República, al cabo de los cuales se realizaría un plebiscito, para consultar un segundo mandato de 8 años de un candidato unico, presidencial propuesto por la Junta Militar de Gobierno. Esta disposición está concebida, claramente con el propósito de que Pinochet gobernara por 16 años más, una vez aprobada la Constitución.

El artículo 25 del articulado permanente de la Constitución, prohibía expresamente la reelección del Presidente de la República para el período siguiente, norma, que en principio impedía que el General Pinochet fuera el candidato a plebiscitarse en 1988, toda vez que no podía ser reelegido para un nuevo período después del que ejercería por 8 años desde que entrara en vigencia la Constitución en virtud de lo dispuesto en el Artículo 24 transitorio, que señalaba que: en el período presidencial que comenzaría cuando entrara en vigencia la Constitución "continuará como Presidente de la República el actual Presidente, General del Ejército Augusto Pinochet Ugarte, quien durará en el cargo hasta el término de dicho período."

La solución para salvar el Artículo 25 permanente que prohibía la reelección del Presidente de la República, que constituía un obstáculo para el designio de que el general Pinochet gobernara por 16 años más, fue salvado con la disposición del Artículo 17 transitorio "Corresponderá a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros, titulares, proponer al país por la unanimidad de ellos, sujeto a la ratificación de la ciudadanía, la persona que ocupará el cargo de Presidente de la República en el período presidencial siguiente al referido a la disposición décimo tercera

transitoria, quien deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 25 inciso primero de esta Constitución, sin que le sea aplicable la prohibición de ser reelegido contemplada en el inciso segundo de ese mismo artículo. Con ese objeto se reunirán 90 días antes, a lo menos, de la fecha en que deba cesar en el cargo el que esté en funciones. La designación será comunicada al Presidente de la República para los efectos de la convocatoria del plebiscito".

Con el texto final de Nueva Constitución elaborado por el grupo de trabajo integrado por el Ministro del Interior, la Ministra de Justicia y los Auditores de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, en lo que hace a las disposiciones permanentes y por el General Pinochet y la Junta Militar de Gobierno en lo que hace a las disposiciones transitorias, quedó elaborado el texto definitivo de la Constitución Política de 1980⁶⁵.

El 10 de agosto de 1980 se informó que la Junta Militar de Gobierno había aprobado el texto de la Nueva Constitución y se anunció la convocatoria al plebiscito para 30 días después, el 11 de septiembre de 1980.

El 11 de septiembre de 1980 se verificó el plebiscito con el triunfo de la opción Sí ratificando la Constitución política de 1980 dando conclusión al proceso constituyente.

En la práctica, la Junta de Gobierno ejerció materialmente en plenitud el poder constituyente originario que se auto concedió.

El proceso constituyente, no solo no comportó participación alguna del pueblo soberano, sino que finalmente tampoco del sector de la civilidad que adhería y apoyaba al Gobierno Militar. En la práctica mas allá de las largas disquisiciones en cientos de reuniones, de los distinguidos juristas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, en

⁶⁵ El ex presidente Alessandri desalentado por el texto de Constitución aprobado por la Junta militar de gobierno que había desechado prácticamente todas sus observaciones y proposiciones renunció de manera indeclinable al Consejo de Estado y a su presidencia con la salvedad formal de que la carta debía ser hecha pública el 12 de septiembre, al día siguiente del plebiscito.

última instancia el anteproyecto que entregó se ajustó a las pautas entregadas en 1977 por el General Pinochet en el memorandum.

Del mismo modo el informe, que en la práctica era un Proyecto de Constitución completo, entregado por el Consejo de Estado, que se sustentaba en el aval político, doctrinario, moral y jurídico de la figura por muy lejos, mas prominente de la derecha chilena de la segunda mitad del siglo XX, el ex Presidente Jorge Alessandri, producto de dos años de trabajo, fue desechado por el propio General Pinochet en relación a las disposiciones transitorias y por la Comisión de Auditores de las Fuerzas Armadas y Carabineros, que trabajando a presión durante 15 días elaboraron el texto definitivo de la Constitución de 1980 plebiscitada el 11 de Septiembre de ese año.

CAPÍTULO 3. LEGITIMIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE Y DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.

El gobierno militar y los sectores civiles que lo sustentaron, reivindicaron la legitimidad del proceso constituyente y de la Constitución de 1980 en las siguientes consideraciones:

En un primer momento, fundaron su legitimidad en su propósito restaurador de "la institucionalidad quebrantada" por el Gobierno del depuesto del Presidente Salvador Allende. Sin embargo a corto andar cambiaron de tesis y fundamentaron la legitimidad de ejercicio del Gobierno Militar, y la legitimidad del poder constituyente, por la Junta Militar de Gobierno, sobre la consideración de que su legitimidad de origen y de ejercicio se fundaba, en que el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 había constituido una revolución legítima, que ajustaba a todas las exigencias legitimadoras del derecho de rebelión, consagrados particularmente en el concepto tomista de la revolución justa. El golpe de estado de las Fuerzas Armadas había sido expresión de una rebelión

legítima contra un régimen tiránico. Adicionalmente reclamaron la legitimidad de la Constitución de 1980 a partir del hecho de que ésta había sido ratificada por el pueblo soberano en el plebiscito convocado e implementado por el Gobierno Militar y realizado el 11 de septiembre de 1980.

“Se agotaron todos los medios para poner atajo a la tiranía marxista en cierne; se denunció, y a ello contribuyó y aportó su opinión autorizada nuestra Facultad de Derecho, la ilegitimidad de ejercicio en que había caído el gobierno del depuesto presidente; el Poder Judicial, a través de la Excma. Corte Suprema, advirtió la inminente quiebra de la juridicidad y así lo representó públicamente en repetidas oportunidades; igual denuncia formuló por su parte la Cámara de Diputados; el país se paralizó; el pueblo clamaba que se pusiera fin al ejercicio ilegítimo del gobierno anterior.

Y sin embargo, los mecanismos institucionales consultados en nuestro ordenamiento jurídico político se mostraron ineficaces para satisfacer el clamor del pueblo.

La resistencia pasiva tuvo que ceder su paso a la resistencia activa, llevada a cabo esta última por quienes tenían en sus manos los medios para que la violencia que necesariamente trae aparejada, no produjese males mayores que aquel al que se debía poner fin.

Se cumplieron así todos y cada uno de los requisitos y condiciones que a la luz del derecho natural legitiman la resistencia activa, no tan solo según las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, de Vitoria o de Suárez, sino también de un sinnúmero de pensadores de gran renombre y prestigio de todos los tiempos y de todas las tendencias”.⁶⁶

⁶⁶ Legitimidad de origen de la Junta de Gobierno Discurso pronunciado por el Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile el 18 de Octubre de 1973. En LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Editorial Andrés Bello, p. 11.

A partir de la tesis de que la Junta Militar de Gobierno tomó el poder como consecuencia de una revolución legítima, los juristas que han sostenido la legitimidad del proceso constituyente y de la Constitución de 1980 han concluido que el carácter legítimo de esa revolución dotó al gobierno militar de un poder constituyente originario, es decir, aquel en virtud del cual la comunidad se da por primera vez un ordenamiento jurídico o bien genera uno completamente nuevo con independencia del anterior en forma revolucionaria.

*“ahora bien, si legítima y originariamente adquieren los nuevos gobernantes la potestad constituyente, por haber advenido al poder en virtud de una revolución legítima, ellos conservan y mantienen tal potestad mientras detentan el poder en aras del bien común. En efecto, la potestad constituyente originaria es consustancial e inseparable del ejercicio de las demás potestades de que se invisten los nuevos gobernantes, ya que, de otro modo, el ejercicio de estas últimas tendría que subordinarse a unas normas constitucionales legítimamente derogadas”.*⁶⁷

Como se ha señalado adicionalmente, los juristas que han sostenido la legitimidad de la constitución de 1980 y en el proceso constituyente han afirmado que ésta, junto a la tesis ya mencionada consolidó su legitimidad al haber sido ratificada en el plebiscito convocado y organizado por la Junta Militar de gobierno que se realizó el 11 de septiembre de 1980.

En síntesis, sostuvieron que la convocatoria al plebiscito era legítima, efectuada por un gobierno legítimo, en ejercicio de un poder constituyente originario del que según sostenían era legítimo depositario el gobierno militar.

“para la dictación de la constiución sometida a ratificación plebiscitaria, se requiere del ejercicio del poder constituyente originario, ya que se trata de crear

⁶⁷ EL PODER CONSTITUYENTE, discurso de Sergio Gaete inauguración de las NOVENAS JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO, 1978. La constitución de 1980, editorial Andrés bello, pag 33

una nueva institucionalidad con independencia de la vigente al 11 de septiembre de 1973".⁶⁸

"si la revolución es legítima, el poder constituyente originario para el establecimiento de la nueva institucionalidad reside en quienes encabezan la revolución. La revolución tiene un efecto destructivo de la institucionalidad vigente, ya que con prescindencia de ella advienen al poder quienes la dirigen. Si ello resulta legítimo por ser fruto del derecho de rebelión, es obvio que al efecto derogatorio de las normas constitucionales que regulan los poderes públicos se sigue coetanea y consecuentemente un efecto creador de una nueva institucionalidad, en que todos o algunos de dichos poderes pasan a ser ejercidos legítimamente por otras personas y de conformidad al nuevo estatuto jurídico que para su ejercicio ellas mismas dicten. Si de la legitimidad de la revolución y del consecuente legítimo nacimiento de un nuevo gobierno, se deriva la derogación de la constitución en todo aquello que pugna con el ejercicio de la autoridad por el nuevo gobierno, preciso es concluir que en éste radica el poder de mantener, modificar o derogar la constitución y de regular transitoria y definitivamente la nueva institucionalidad".⁶⁹

"el poder constituyente originario no reconoce limitación formal alguna en su ejercicio, ya que el ordenamiento jurídico positivo fundamental será precisamente el resultado de dicho ejercicio, sin que pre exista otro alguno vigente al cual deba sujeción".⁷⁰

⁶⁸ Declaración de profesores de derecho de la universidad católica de Chile, constitución de 1980, editorial Andrés Bello, páginas 48 y 49. Esta declaración se produjo en el contexto de la controversia jurídica y política que se produjo cuando la junta militar de gobierno convocó el 11 de agosto de 1980 a ratificar a un plebiscito que treinta días después debía ratificar la constitución política de 1980. Esta declaración salió al paso de la tesis de numerosos juristas y sectores políticos democráticos en el sentido de que la convocatoria al señalado plebiscito era ilegítima y que su constituiría un fraude.

⁶⁹ *ibídem*

⁷⁰ *Ibídem*

Desde nuestro punto de vista el proceso constituyente que dio lugar a la constitución de 1980 y la propia constitución adolecen de un deficit de legitimidad esencial.

En el hecho, como lo analizaremos mas adelante desde la clasificación ontológica de Lowenstein de las constituciones políticas, la constitución de 1980 es paradigmaticamente una constitución semántica. Esto es, se trató de un texto que buscó revestir de formalidad constitucional el poder fáctico que había asumido por la fuerza y detentaba la Junta Militar y que consagró en sus disposiciones transitorias un poder vitalicio para el general Augusto Pinochet.

En primer lugar, la tesis del encadenamiento de legitimidad de origen producto de una revolución legítima, que a su vez consagra la legitimidad de ejercicio de la Junta Militar de Gobierno, de lo que se deriva que esta ejerce un poder constituyente originario legítimo es insostenible.

Por una parte existe muy poca controversia en el sentido de que el golpe de estado del 11 de Septiembre de 1973 se ajustara a ninguna de las exigencias de la doctrina tomista invocada para considerarla una revolución justa o legítima.

Por la otra el nucleo de la justificación ética, jurídica y política de quienes impulsaron el golpe, era restablecer una institucionalidad, que sostenían, el gobierno de Allende había sobrepasado de manera inaceptable e irreversible.

En el hecho el Acta de Constitución de la Junta Militar de Gobierno contenida en el Decreto ley número 1 del 12 de Septiembre de 1973 señala en su artículo 1º que la Junta de Gobierno asume el Mando Supremo de la Nación "con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantada". Es decir el gobierno militar se constituyó por propia declaración con un carácter restaurador y no revolucionario.

"El régimen tiránico no es justo, ya que no se ordena al bien común, sino al bien particular de quien detenta el poder. De ahí que la perturbación de ese

régimen no tiene carácter de sedición, a no ser de que el régimen del tirano se vea alterado de una manera tan desordenada que la multitud tiranizada sufra mayor detrimento que con el régimen tiránico".⁷¹

De los conceptos contenidos en la cita de Santo Tomás de Aquino se han establecido tres condiciones para la revolución legítima.

- En primer lugar se debe estar en presencia de un poder verdaderamente tiránico.
- En segundo lugar, una vez agotados los mecanismos pacíficos para terminar con la tiranía, la insurrección o la revolución tiene que ser el único medio de lograrlo.
- En tercer lugar constituye un requisito de legitimidad, que los males inevitables que acaree la insurrección, no sean mayores para la comunidad que los sufre con la tiranía.

De las tres condiciones que dotarían de legitimidad una revolución sostenemos que ninguna de ellas ampara el golpe de estado que instaló el gobierno militar el 11 de Septiembre de 1973.

Superada la pasión política derivada de la extrema polarización que alcanzó el conflicto de la sociedad chilena entre 1970 y 1973 no es posible ni razonable sostener que el gobierno de Chile en Septiembre de 1973 era una tiranía.

El Presidente Allende había sido elegido en elecciones democráticas y ratificado por el Congreso Pleno (ambas ramas del parlamento reunidas) conforme lo prescribía la Constitución Política. El Congreso Nacional funcionó sin restricciones. En el hecho destituyó a mas de media docena de ministros del Gobierno, haciendo uso y abuso de las facultades constitucionales de fiscalización de los actos de gobierno, que le permitía remover ministros de

⁷¹ Tomás de Aquino Suma Teológica – II IIae p. 42

estado. Los medios de comunicación opositores funcionaron sin restricciones hasta el último día del gobierno como así mismo se ejercieron las garantías del derecho de asociación, reunión, expresión y libertad personal sin restricciones de ninguna naturaleza; durante el Gobierno de Allende, se celebraron dos elecciones intachables, en Abril de 1971 elecciones Municipales en las cuales la coalición gobernante obtuvo poco más del 50% de los votos y en Marzo de 1973 se realizaron elecciones Parlamentarias y la coalición de gobierno obtuvo el 44% de los votos.

El examen de la cita del discurso sobre “La legitimidad de origen de la Junta de Gobierno” de don Sergio Gaete, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, uno de los más relevantes exponentes de la tesis de la legitimidad de la Constitución de 1980, deja claro, que el Gobierno de Chile a Septiembre de 1973 no tenía la naturaleza ontológica de una tiranía.

Habla de “poner atajo a la tiranía marxista en cierne” (Según el diccionario de la Real Academia “en cierne” “algo que está muy en sus principios y la falta mucho para su perfección”) comporta más que la descripción de una realidad objetiva, un juicio de valor predictivo del futuro esencialmente subjetivo, el anuncio de una realidad que está por venir pero que todavía no es y objetivamente no sabemos si será.

El mismo señalado alegato del Profesor Gaete hace referencia como argumento de autoridad para sustentar su tesis a que “El Poder Judicial, a través de la Excma. Corte Suprema, advirtió la inminente quiebra de la juridicidad”. En estricta lógica algo que es inminente es algo que aun no ha ocurrido. La aseveración de la Corte Suprema comporta una apreciación de algo que a su juicio no ha ocurrido, aunque es inminente que ocurra, de lo que solo cabe deducir que la juridicidad no estaba “quebrantada”.

No es posible sostener que el Gobierno de Allende deviniera en una tiranía y por consiguiente el golpe de estado careció de la primera condición de la doctrina tomista de la revolución justa o legítima.

En segundo lugar aun aceptando el presupuesto de que el Gobierno de Allende hubiera caído en una ilegitimidad de ejercicio no puede afirmarse que la insurrección para deponerlo fuera el único y último recurso. En el hecho la Constitución de 1925 en sus Artículos 39 y 42 establecía como facultades del Parlamento, la de acusar constitucionalmente al Presidente de la República, que podía ser destituido, si el Senado lo encontraba culpable de "haber comprometido gravemente el honor o la seguridad del estado, o infringido abiertamente la Constitución y las leyes".

El Senado debía aprobar la acusación por los dos tercios de sus miembros.

La Coalición opositora que había hecho intenso uso del resorte de las acusaciones constitucionales utilizando su condición de mayoría en el Parlamento, y había destituido a media docena de Ministros del Gobierno del presidente Salvador Allende, se propuso explícitamente el objetivo de conseguir los dos tercios del Congreso (quorum requerido por la Constitución para la destitución del Presidente), en la elección parlamentaria de Marzo de 1973 para proceder a la destitución constitucional de Salvador Allende. En el hecho dieron a la elección un carácter plebiscitario, sin embargo, el voto ciudadano no les dio el respaldo que buscaban y la coalición que sustentaba al gobierno de Allende obtuvo el respaldo del 44% de los votos, dejando al bloque opositor muy lejos del objetivo de conseguir los dos tercios del parlamento y materializar su intención de destituir constitucionalmente al Presidente de la República.

Finalmente y en tercer lugar los males imputables al gobierno de Allende, eventualmente, la afectación y desprotección del derecho de propiedad, fueron sobrepasados con creces en los diecisiete años que duró el Gobierno Militar, que

canceló y violó de manera sistemática todas las garantías, derechos y libertades, que el desarrollo constitucional y democrático chileno hasta 1973 había consagrado y garantizado a la comunidad, incluyendo los más elementales como el derecho a la vida y a la integridad física.

No pudo en consecuencia, el golpe de Estado de las Fuerzas Armadas y el Gobierno que instalaron el 11 de Septiembre de 1973, tener el carácter de una revolución justa y legítima, pues no depuso una tiranía sino un gobierno legítimo en su origen y ejercicio, y en consecuencia no pudo ser legítimo el poder constituyente originario que la Junta Militar de Gobierno se auto otorgó, y en consecuencia tampoco pudo serlo el proceso constituyente que puso en movimiento y la propia Constitución de 1980.

A lo anterior habría que agregar que la propia Junta Militar de Gobierno en su Acta de Constitución (Decreto Ley N°1, del 12 de septiembre de 1973) se define como un gobierno restaurador reclamando su legitimidad en su "compromiso histórico de restaurar la institucionalidad quebrantada" por el gobierno del presidente Allende.

Nunca se explicó desde el punto de vista del concepto de la legitimidad, qué tipo de alquimia permitió a la Junta Militar de Gobierno reconvertir su carácter de gobierno restaurador, en el de un gobierno revolucionario y que en tal condición se auto confirió el poder constituyente originario, a partir del cual puso en movimiento en proceso constituyente que culminó con la dictación de la Constitución de 1980, que no solo no restauró la institucionalidad democrática supuestamente transgredida por el gobierno de Allende, sino que la suplantó por un régimen político autoritario y no democrático.

"La revolución tiene por objeto la creación de un orden nuevo de valores; pero si se trata en cambio, del restablecimiento de un antiguo orden de valores, de una forma mejor, entonces hablo del desempeño del derecho de rebelión,

mientras otros hablan en este caso de la contra revolución. El derecho a la resistencia activa y la revolución justa no son idénticos en sus conceptos de legitimidad, el derecho a la rebelión se orienta a base del orden "antiguo y bueno", mientras que la revolución justa quiere crear un orden nuevo y mejor".⁷²

"Derecho a rebelión significa por consiguiente, la intervención limitada -y ligada a condiciones previas restringidas- en el ordenamiento institucional del Estado con miras a la mantención de valores fundamentales de la nación; En ese sentido el derecho a la rebelión no es "revolucionario", sino "restaurador".⁷³

Tampoco es sostenible la pretensión de los partidarios de la tesis de la legitimidad del proceso constituyente y de la constitución de 1980 de que ésta adquirió carta de legitimidad al haber sido aprobada en el plebiscito del 11 de septiembre de 1980.

En el hecho, la convocatoria al plebiscito ratificadorio de la Constitución de 1980 por la Junta Militar de Gobierno carece de legitimidad toda vez que se sustentó en la insostenible tesis, como ya lo hemos señalado, de que la junta Militar de Gobierno ejercía un poder constituyente originario legítimo, derivado del hecho de que el golpe de Estado de 1973 había tenido el carácter de una revolución justa y legítima que había puesto término a una tiranía.

Al examinar el fundamento doctrinario en el constitucionalismo moderno del referéndum constitucional, aparece como una conclusión obvia que la convocatoria al plebiscito de la Constitución de 1980, no fue más que un intento de vestir con un ropaje de legitimidad un proceso constituyente y una Constitución que adolecían esencialmente de ella. En efecto "El Estado constitucional moderno se ha forjado sobre los esquemas de la democracia representativa que tuvo en Montesquieu y Sieyés, entre otros a sus primeros y

⁷² Dieter Blumenwitz. Conferencia sobre la legitimidad de la convocatoria al plebiscito ratificadorio de la Constitución de

⁷³ *Ibíd.*

más esclarecidos fundamentadores".⁷⁴ Sin embargo, la tesis de la representación, fue siempre controvertida por la tesis rousseuniana de *El Contrato social*, según la cual por su naturaleza, la soberanía popular era indelegable, de lo que se deriva el concepto de que solo puede ser ejercida por formas de democracia directa.

Sin embargo, el propio Rousseau concede la imposibilidad de practicar la democracia directa en sociedades de masas, y acepta el principio de la representación como un mal necesario. No obstante, en protección del principio de la soberanía popular establece dos exigencias al principio de la representación. Por una parte que los representantes elegidos por el pueblo ejerzan un mandato acotado a los términos establecidos por los mandantes, esto es, el pueblo. En segundo lugar, que lo resuelto por los representantes en su condición de mandatarios del pueblo soberano, deba ser siempre ratificado por este y el medio de hacerlo es la ratificación referendaria .

Mirado desde la óptica doctrinaria que le dio origen a la institución del referéndum constitucional, el plebiscito convocado por la Junta Militar de gobierno para ratificar una Constitución elaborada por ella misma, en ejercicio del poder constituyente que se había autoconferido y en el que el pueblo soberano no había intervenido de modo alguno, era ilegítimo desde su origen y mal podría el plebiscito ratificador, haber dotado de legitimidad a la Constitución de 1980.

Aún si obviáramos la ilegitimidad radical del plebiscito, este constituyó un acto electoral completamente espúreo y fraudulento. Ninguno de los elementos de un plebiscito democrático caracterizó el plebiscito ratificador de la Constitución de 1980.

No había alternativas al proyecto de la Junta Militar, y solo se podía votar sí o no por un texto de contenido completamente desconocido para la

⁷⁴ De Vega, Pedro, *La Reforma constitucional*. Editorial Tecnos, 1985, p.181.

ciudadanía (el texto se conoció 30 días antes, por una parte reducida de la elite, en el momento en que la Junta Militar convocó al plebiscito el 11 de Agosto de 1980, para 30 días después.).

Asimismo, la consulta formulada era fraudulenta en el sentido de que se convocó a un plebiscito sobre el texto de una Constitución Política que teóricamente restablecería un régimen democrático. Sin embargo junto al texto permanente de la Constitución, se plebiscitó un articulado transitorio que consagraba la prolongación por 8 años el régimen autoritario y la permanencia de Pinochet como Presidente de la República, y con un itinerario “de transición” en virtud del cual al cabo de los 8 años habría un plebiscito en que la ciudadanía sería convocada a votar Sí o No por un candidato presidencial único propuesto por las Fuerzas Armadas, (Pinochet) por otros 8 años, con lo que el General Pinochet gobernaría por 16 años mas, prácticamente de por vida.

Sumado a lo anterior, los 30 días de campaña se desarrollaron bajo estado de emergencia, sin que la oposición pudiera ejercer el derecho a reunirse (salvo un acto excepcionalmente autorizado), y con los derechos de asociación, la libertad de expresión y de información conculcadas y bajo permanente y sistemática represión.

Por su parte, el plebiscito se realizó sin la existencia de registros electorales, esto es, de un padrón electoral confiable, toda vez que éstos habían sido incinerados por la Junta Militar días después del golpe.

La estructura organizativa del acto electoral, además, estuvo a cargo de los Alcaldes, todos funcionarios de confianza designados digitalmente por el General Pinochet en su condición de Presidente de la República.

El proceso, en fin, no fue organizado por ninguna estructura estatal autónoma e imparcial sino en todas sus instancias, mesas de votación, recintos, escrutinios regionales y nacionales, fue manejado por funcionarios públicos

subordinados del Gobierno Militar, sin la posibilidad de que apoderados de la oposición pudieran fiscalizar la normalidad y transparencia del acto.

No existió, tampoco, instancia alguna de carácter jurisdiccional electoral que pudiera examinar denuncias sobre las escandalosas irregularidades que se verificaron.⁷⁵

Todos estos antecedentes permiten afirmar que el Plebiscito que “ratificó” la Constitución de 1980, no solo adoleció de una ilegitimidad desde su propia convocatoria por un gobierno de facto y autoritario, sino que constituyó un gran fraude, que no expresó en lo absoluto la voluntad soberana del pueblo de Chile.

Constituyó un eslabón más de la imposición autoritaria e ilegítima de la Constitución Política de 1980.

El plebiscito ratificador de la Constitución de 1980, probablemente no tenga otro mérito, de poder ser estudiado en la cátedra y la academia, junto al plebiscito de 1828 de Mussolini para elegir el Parlamento Italiano, o el plebiscito que convirtió a Napoleón en 1802 en Consul Vitalicio, primer paso para la instauración del Imperio, o los plebiscitos de Napoleón III de 1851 y 1852 que restauran el Imperio, como paradigma de la utilización de una herramienta de la democracia, como mecanismo que intenta legitimar la instalación de regímenes políticos autoritarios.

CAPÍTULO 4. EL QUIEBRE DOCTRINAL

1.- El quiebre doctrinal con el constitucionalismo democrático chileno hasta 1973.

⁷⁵ El Periodista Javier Rebolledo consigna en su libro LA DANZA DE LOS CUERVOS el testimonio de un ex agente de la DINA y la CNI (servicios de seguridad de la dictadura) donde detalla el modo como todos los agentes de la CNI, votaron varias veces instruidos por sus superiores para garantizar el triunfo del SI.

Las Fuerzas Armadas chilenas y los sectores políticos que dentro de la oposición a Allende propiciaron el golpe de estado, fundamentaron su legitimidad, en que éste era la única salida a una crisis caracterizada por el quebrantamiento de la legalidad y la institucionalidad por parte del gobierno del Presidente Allende. Por consiguiente el fundamento y propósito del golpe y del Gobierno Militar y su propio carácter, era restaurador de una institucionalidad "quebrantada" (Decreto ley número 1).

No obstante, Pinochet, recondujo con rapidez la orientación del golpe de Estado, dándole el carácter de una revolución mesiánica, anti comunista, en la que él jugaba un rol de caudillo.

En el hecho, la conversión del proceso encabezando institucionalmente por las Fuerzas Armadas y de Orden, destinado a "restaurar la institucionalidad quebrantada", en revolución mesiánica anti comunista acaudillada por el General Pinochet, puso sus cimientos por una parte a principios de Marzo de 1974, con la aprobación de la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile". El 11 de Marzo de ese año (redactada por Jaime Guzmán, jurista de reconocido, talento cerebro y artífice de la Constitución de 1980). Y por la otra, en los mismos días con la imposición de Pinochet al resto de la Junta Militar de Gobierno del Decreto Ley N°527, en virtud del cual la Junta Militar pasaría a ejercer el Poder Legislativo, mientras que el Presidente de la Junta (Pinochet) se haría cargo del Poder Ejecutivo, con el título de Jefe Supremo de la Nación.

El documento Declaración de Principios del Gobierno de Chile, configura las bases doctrinarias sobre las que se elaboraría posteriormente la Constitución de 1980. Este documento constituye un quiebre doctrinal explícito respecto de la doctrina democrática del constitucionalismo clásico y de la concepción de un Estado democrático y social de derecho sobre el que se había edificado y terminado de construir la institucionalidad de la República. Se funda en un diagnóstico crítico de las "sociedades desarrolladas de occidente" que considera

debilitadas por la "exitosa penetración que el marxismo ha alcanzado en esas democracias", y explicita la decisión de combatir frontalmente en contra del comunismo internacional y la ideología marxista y caracterizaba al golpe de Estado que depuso al Presidente Allende como la más grave derrota del comunismo internacional en los últimos 30 años en el planeta.

Los elementos doctrinales básicos consagrados en la declaración de principios son; El principio de subsidiaridad del Estado, señalando "debemos concluir que a él le corresponde asumir (al Estado) directamente solo aquellas funciones que la sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus capacidades (caso de la defensa nacional, las labores del policía o las relaciones exteriores).

El respeto al principio de Subsidiaridad representa la clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria. Casi podría decirse que el barómetro principal para medir el grado de libertad de una estructura social".

La declaración señala que "el respeto al principio de subsidiaridad supone la aceptación del derecho en la propiedad privada, y la iniciativa en el campo económico".

"Por otro lado, sería inútil admitir la iniciativa de los privados en el campo económico si no se reconoce conjuntamente el derecho a propiedad privada, tanto sobre bienes de consumo como sobre bienes de producción."

El referido derecho a propiedad fluye como una consecuencia ineludible de la concepción del hombre y de la sociedad antes esbozada, como así mismo el principio de subsidiaridad que de ella se deriva".

Otro elemento doctrinario relevante consagrado en la declaración de principios lo constituye la concepción de "gobierno autoritario, impersonal y justo", "conforme a la inspiración portaliana que lo guía, las fuerzas armadas y de orden, ejercerán con energía el principio de autoridad, sancionando drásticamente

todo brote de indisciplina o anarquía. Despersonalizará el poder, evitando todo caudillismo ajeno a nuestra idiosincrasia".

Afirmando que "otra importante característica de nuestra tradición jurídica ha sido el respeto por la libertad de conciencia y el derecho a discrepar."

"El derecho a discrepar deberá ser mantenido, pero la experiencia de los últimos años indica la necesidad de fijar los límites admisibles de esa capacidad de discrepancia. No puede permitirse nunca más, en nombre de un pluralismo mal entendido, una democracia ingenua, que permita que actúen libremente en su seno, grupos organizados que auspicien la violencia guerrillera para alcanzar el poder, o que fingiendo aceptar las reglas de la democracia, sustentan una doctrina y una moral cuyo objetivo es el de construir un estado totalitario. En consecuencia los partidos y movimientos marxistas no serán admitidos nuevamente en la vida cívica."

"De ello se desprende que Chile no es neutral respecto al marxismo. Se lo impide su concepción del hombre y de la sociedad, fundamentalmente opuesta a la del marxismo. Por lo tanto el actual gobierno no teme ni vacila declararse antimarxista".

Junto a los elementos doctrinales anteriormente señalados, la declaración de principios del gobierno de Chile, contiene un acápite crucial bajo el subtítulo de "Una Nueva y Moderna Institucionalidad: Tarea para el Actual Gobierno", el que señala textualmente.

"Dentro del marco expuesto en el punto anterior (carácter anti marxista del gobierno), el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden ha asumido la misión histórica de dar a Chile una nueva institucionalidad que recoja los profundos cambios que la época contemporánea ha ido produciendo. Solo así será posible dotar a nuestra a democracia de una sólida estabilidad, depurando a nuestro sistema democrático de los auspicios que facilitaron su destrucción, pero

trascendiendo a una mera labor rectificadora para entrar de lleno en el audaz campo de la creación".

El texto es insuperable en la claridad y transparencia de propósitos y constituye en la práctica la notificación al país de que el gobierno militar no se fundaba en el propósito de "restaurar la constitucionalidad quebrantada" por el depuesto gobierno de Salvador Allende si no que, se auto asignaba el poder constituyente con el propósito no solo de generar una nueva institucionalidad sino anunciando "lo que confiesa y anuncia" la ruptura doctrinaria con el constitucionalismo liberal y democrático que había inspirado la construcción de la institucionalidad chilena por 163 años hasta el 11 de septiembre de 1973, notificando así al país, no solo que asumía el poder constituyente, no solo que se auto otorgaba el derecho de construir una nueva institucionalidad, si no que anunciaba que para estos efectos "entraría de lleno en el audaz campo de la creación".

En Diciembre de 1975 el General Pinochet hizo público el documento "OBJETIVO NACIONAL DEL GOBIERNO DE CHILE" que en línea con la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974 reafirma los elementos doctrinarios allí señalados.

Pinochet terminó de imponer los enclaves del régimen y su carácter en el discurso de Julio de 1977 en el cerro Chacarillas con ocasión de un acto público, donde reafirmó el carácter refundacional del régimen ya anunciado en los documentos de 1974 y 1975.

"El 11 de Septiembre no solo significó el derrocamiento de un Gobierno ilegítimo y fracasado, sino que representó el término de un régimen político institucional definitivamente agotado y el consiguiente imperativo de construir

uno nuevo” agregando que se daría forma a una nueva democracia “autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social.”

En el hecho los elementos doctrinarios fundamentales contenidos en estos documentos así como la decisión política declarada en ellos de trocar el objetivo restaurador con que se justificó el golpe de estado, por un objetivo revolucionario, constituyen la base y el antecedente del quiebre doctrinal esencial de la Constitución de 1980 con la orientación fundada en los principios del constitucionalismo liberal y democrático de nuestro desarrollo constitucional desde la independencia hasta el golpe de estado de 1973.

Como lo señala el profesor Gustavo Cuevas Farren “Nos detenemos para señalar nuevamente que el actual proceso institucional en Chile es práctica y conceptualmente una revolución. En efecto, encontramos en el las mismas características que según la revista de análisis “Mensaje” (en su número especial de Diciembre de 1962) tipifican un proceso revolucionario: a- un cambio deliberadamente producido, b- que responde a una ideología, c- que se refiere a todas las estructuras básicas (políticas, jurídicas, sociales y económicas) y –que va acompañado de la elaboración gradual de un orden futuro. En “Mensaje” se afirma que “siendo la revolución esencialmente un cambio, lógicamente termina con la instauración de “un nuevo orden””⁷⁶

En efecto, la aseveración de que la Constitución de 1980 constituye un quiebre doctrinal fundamental con el constitucionalismo chileno hasta 1973 no es una tesis fundada en una exégesis o en un ejercicio de hermenéutica desde una óptica política o doctrinal adversa de la Constitución de 1980, sino que,

⁷⁶ Ensayo “PERSPECTIVA DEL PROCESO INSTITUCIONAL EN CHILE” publicado en el N° 16 de 1980 de la Revista de la Academia Superior de Seguridad Nacional. (El Profesor Cuevas Farren era Director del Instituto de Ciencia Política de la Universidad Católica de Chile y Profesor titular de Derecho Político y Constitucional de la misma Universidad. Junto a otros juristas y académicos de la Universidad Católica el Profesor Cuevas Farren formó parte del núcleo de intelectuales y académicos que apoyaron el golpe militar y respaldaron y asesoraron desde el mundo de las ideas y la academia al régimen del General Pinochet.

constituye un hecho de la causa y obedece a una decisión y propósito explicitado y develado en los documentos señalados (Declaración de Principios de 1974, Objetivo Nacional de Gobierno de 1975 y materializados finalmente en el texto aprobado en Septiembre de 1980)

Finalmente la Constitución de 1980 constituyó la institucionalización formal de un régimen político impuesto por el Gobierno Militar que no se propuso finalmente restaurar la “institucionalidad quebrantada” por el Gobierno del Presidente Allende, (en que fundó su legitimidad el golpe de estado), si no reemplazar el régimen político democrático que Chile tenía hasta 1973.

Analizando los documentos señalados el Profesor Cea señala. “Tales declaraciones obedecían a una confusa mezcla de principios filosóficos aristotélico- tomistas, pronunciamientos nacionalistas afines al corporativismo fascista, lugares comunes de encendido anti marxismo, postulados anti estatales fundados en un liberalismo extremo, exaltaciones históricas del autoritarismo aristocrático impuesto por Portales desde 1830 y otros ingredientes del tipo señalado.”⁷⁷

Siendo efectivo lo señalado por el profesor Cea, junto con la decisión explícita de fundar un régimen político distinto al que consagraba la Constitución de 1925 declarado “definitivamente agotado” por el General Pinochet en su discurso de Chacarillas, es posible distinguir tres fuentes doctrinarias principales que inspiraron la Constitución de 1980 y el régimen político en ella consagrado.

La doctrina de seguridad nacional, el pensamiento de Diego Portales que inspiró la República conservadora y autoritaria entre 1831 y 1871 y finalmente

⁷⁷ Cea Egaña José Luis. Retrospectiva y Perspectiva del Constitucionalismo Chileno en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile p.16. N° 12 Diciembre 1991.

las concepciones ultra liberales de Friedrich von Hayek, Milton Friedman y la Escuela de Chicago en materia económica.

2.-La Doctrina de Seguridad Nacional

En el contexto bipolar de la Guerra Fría, América Latina era una zona de influencia de los Estados Unidos y constituía un área geográfica vinculada geopolíticamente a la seguridad nacional de la gran potencia.

La Revolución Cubana en 1959 y su incentivo a la insurgencia armada de grupos de izquierda en América Latina en los sesenta, y posteriormente la expansión de la influencia de fuerzas que propiciaban transformaciones sociales profundas usando los canales institucionales y democráticos, son considerados por los círculos de poder norteamericanos como una forma de agresión y desafío a su seguridad por parte del enemigo comunista.

Ello llevó a la teoría de que los países de su zona de influencia enfrentaban una forma de guerra interna, y que desde el punto de vista de la seguridad emergía un nuevo tipo de enemigo, el “enemigo interno”, incapaz de ser detenido o neutralizado en el marco del funcionamiento de institucionalidades liberal democráticas.

Este enfoque convertido en doctrina, “la doctrina de seguridad nacional” condujo al adiestramiento sistemático desde 1963 de la oficialidad de los Ejércitos Latinoamericanos en la Escuela para Las Américas del Ejercito de los Estados Unidos en Panamá.

Junto a instrucción en contrainsurgencia militar, se adoctrinó a generaciones de oficiales de los países Latinoamericanos en la noción de la “guerra interna”, a partir de la óptica de que las organizaciones políticas y

sociales progresistas y de izquierda constituían el enemigo y una amenaza para la seguridad de sus países y del continente.

La Doctrina de Seguridad Nacional, adoptada y desarrollada después en círculos militares argentinos y brasileños, constituyó la base política y doctrinaria que impulsó el militarismo y la toma del poder por los militares desde mediados de los sesenta en la mayoría de los países de Latinoamérica.

La Doctrina de la Seguridad Nacional constituyó la fuente de inspiración doctrinaria fundamental de la Constitución de 1980.

A partir de ella las Fuerzas Armadas chilenas elaboraron un proyecto de régimen político que percibiendo a la democracia liberal como débil y permeable al enemigo marxista comunista, fundaron uno nuevo que limitó el pluralismo excluyendo de la vida política a la izquierda y superando el principio de “supremacía de la constitución” otorgándose un rol tutelar permanente de “garante de la institucionalidad” y situándolas jerárquicamente por sobre los poderes civiles del estado mediante la norma de inamovilidad de los Comandantes en Jefe y el Consejo de Seguridad Nacional.

En segundo lugar constituye una fuente de inspiración doctrinal muy importante el pensamiento ultra liberal de la escuela de Chicago, particularmente de Milton Friedman.

La Constitución consagra un orden público económico que excluye el rol empresarial del estado, limita su capacidad interventora y reguladora estableciendo su carácter subsidiario en relación a los grupos intermedios.

En el hecho el principio de la subsidiariedad del estado consagrado en la Declaración de Principios de 1974 se funda en la impronta fuertemente anti estatal de las doctrinas conservadora, pero la influencia de la escuela de Chicago

y del propio Milton Friedman, marcaron fuertemente la limitación de la intervención del estado en la economía, y la sacralización del derecho de propiedad en la Constitución de 1980.

Finalmente el régimen militar siempre reconoció como fuente de inspiración y buscó mirarse en el espejo de la república autoritaria organizada por Diego Portales y los conservadores vencedores de Lircay.

Particularmente rescató los conceptos de orden y gobierno fuerte e impersonal. En todo caso omitieron barriendo bajo la alfombra la concepción Portaliana de devolver a los militares a sus cuarteles, que consagró en la Constitución de 1833, restableciendo la norma de la Constitución de 1823 omitida en la de 1828 al establecer el carácter obediente, jerarquizado y no deliberante de las fuerzas armadas.

CAPÍTULO 5. CONTENIDO NORMATIVO

La Constitución de 1980 fue en su texto original una Constitución breve de 119 Artículos. La parte dogmática de la Constitución estaba establecida en los tres primeros capítulos desde el artículo 1 al 23.

La parte orgánica de la Constitución estaba establecida en los capítulos cuarto al décimo tercero. Abarcaba desde el artículo 24 al 115. Las cláusulas relativas a la Reforma de la Constitución estaban establecidas en el capítulo 14, desde el artículo 116 al 119.

Finalmente, el contenido normativo de la Constitución de 1980 comportaba un conjunto de disposiciones transitorias (29).

El contenido normativo de la Constitución de 1980 responde desde un punto de vista formal a la estructura y al concepto de una constitución. Tiene una parte dogmática, una parte orgánica y un procedimiento de reforma. La novedad

en su estructura formal radicaba en su gran número de disposiciones transitorias, cuyo contenido normativo, a contracorriente de la pretensión de "institucionalización democrática" del texto permanente, consagraba un régimen político autoritario ejercido por la Junta Militar de gobierno, por un período de 9 años.

En primer lugar (Artículo 8° Transitorio, inciso 2°), se prolongaba el mandato de los 4 Generales, integrantes de la Junta de Gobierno en su condición de Comandantes en jefe por 16 años, al señalar que duraría por todo el período presidencial de 8 años que las disposiciones transitorias le otorgaban al general Pinochet; señalando que el plazo del mandato contemplado en el Artículo 93 del texto permanente (4 años), se contaría a partir de 4 años del término del período presidencial de 8 años que ejercería el general Pinochet. En síntesis, la cúpula de Comandantes en Jefe que configuraba la Junta militar se garantizaba una inamovilidad y permanecerían sus miembros como Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y como general Director de Carabineros por 16 años.

La disposición décimo transitoria mantenía la prohibición de los partidos políticos en tanto no entrara en vigencia la Ley Orgánica Constitucional que debería regularlos en el futuro.

Consagraba (Artículo 13 Transitorio) una duración de 8 años para el período presidencial de transición. Y establecía (Artículo 14 Transitorio) que en este período continuaría como Presidente de la República "el actual Presidente, General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte quien durará en el cargo hasta el cierre de este período". El general Pinochet en su condición de Presidente de la República ejercería entre otras atribuciones (artículo 15 Transitorio); decretar por sí mismo los estados de emergencia y de catástrofe; designar y remover libremente los alcaldes de todo el país; y con acuerdo de la Junta; designar al Contralor General de la República; declarar la guerra y; decretar los estados de asamblea y de sitio.

Es decir, le consagraba al general Pinochet en su condición de Presidente una suma de atribuciones que le mantenían por los 8 años de su mandato un poder omnímodo sin ningún tipo de contrapeso.

La Junta Militar de gobierno (Artículo 18 Transitorio y 19 letra a y b y c, y décimo noveno e inciso segundo) mantenía el ejercicio del Poder Legislativo y Constituyente por el lapso de los 8 años del período de transición.

Se mantenía el ejercicio de control de constitucionalidad en los decretos con Fuerza de Ley por parte del Tribunal Constitucional consagrado en el artículo 82 inciso 3 del texto permanente.

Pero finalmente como ya se ha señalado, después del mandato presidencial de 8 años que ejercería el general Pinochet, la disposición vigésima séptima y vigésima octava transitoria establecía que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y el general director de carabineros propondrían, sujeto a ratificación plebiscitaria, a una persona que ocuparía el cargo de presidente de la república por otros 8 años.

Como se ha señalado el propósito de nominar al general Pinochet quedaba en evidencia, en la propia cláusula transitoria vigésimo séptima, cuando declaraba la inaplicabilidad de la prohibición de la reelección que le afectaba en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 del texto permanente de la Constitución.

Contenido de las Disposiciones Permanentes de la Constitución de 1980.

A efectos del análisis que nos interesa, no referiremos al contenido normativo que hace al régimen político que establecía la Constitución de 1980.

En primer lugar, el artículo octavo de la constitución restringía de manera substancial el pluralismo. Al establecer “todo acto de personas o grupo destinados a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, con el Estado, o del orden jurídico, de

carácter totalitario o fundada en la lucha de clases es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la Republica”. “Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.”

En segundo lugar, el Artículo 45 en su inciso tercero señalaba que integraría en el Senado:

- Los ex presidente de la Republica
- Dos ex ministros de la Corte Suprema, elegido por esta en votaciones sucesivas.
- Un ex Contralor general de la Republica, elegido también por la Corte s
Suprema
- Un ex Comandante en jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea, y un ex General Director de Carabineros, elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional.
- Un ex Rector de universidad estatal, y un ex Ministro de Estado ambos designados por el presidente de la república.

En tercer lugar, el artículo 54 establecía un sistema de severas inhabilidades que excluía por ejemplo a dirigentes de organizaciones gremiales o vecinales de la posibilidad de ser elegidos parlamentarios

En cuarto lugar, en suma, el texto de la constitución de 1980, consagraba un parlamento en el cual una parte mayor al 25% era designada y no tenía de fuente de generación sobre la soberanía popular

CAPÍTULO 6.

LA CONSTITUCIÓN DE 1980 CON REFERENCIA A LAS CATEGORÍAS DE LOWENSTEIN

“Teniendo en cuenta el cambio fundamental que ha sufrido el papel de la constitución escrita en la realidad sociopolítica, se hace completamente necesario un nuevo intento de clasificación” señala Karl Lowenstein como fundamento de su aporte a lo que llamó “clasificación ontológica de las constituciones”⁷⁸

La clasificación ontológica de Lowenstein atiende más que al contenido normativo de una constitución, a la “concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder”⁷⁹, esto es, en qué medida la conformación y funcionamiento del poder y sus mecanismos previstos en la constitución operan en la realidad práctica del funcionamiento estatal, lo que dependerá del nivel de las características de desarrollo social y político de la sociedad donde la constitución tiene que regir, tales como el nivel de cultura cívica o educación política, de preparación de la ciudadanía para la práctica democrática, factores como lo señala Lowenstein improbables de encontrar en estados “recién liberados de la autocracia tradicional o de la tutela colonial”⁸⁰

La “clasificación ontológica” distingue y clasifica las constituciones en:

Constituciones normativas, nominales y semánticas.

La constitución normativa

El concepto de constitución normativa parte de la tesis ya señalada de que una constitución no opera automáticamente una vez que ha sido adoptada, sino que, no es ni más ni menos que los que ejercen el poder y los gobernados hacen de ella en la práctica. En la práctica se trata de examinar hasta qué punto las

⁷⁸ Karl Lowenstein. Teoría de la Constitución. pp. 216.

⁷⁹ Karl Lowenstein. Obra citada, p.

⁸⁰ Karl Lowenstein. Obra citada, p. 217.

regulaciones del poder establecidas en la constitución se materializan allí donde ésta tiene que regir.

Desde esta aproximación Lowenstein señala que la constitución normativa es aquella que es idealmente observada producto de un proceso de simbiosis en virtud del cual la normativa contenida en ella domina la práctica del proceso político y a su vez el proceso político se adapta a las normas de la constitución. Para caracterizar la constitución normativa Lowenstein utiliza una metáfora señalando que es una constitución "como un traje que sienta bien y que se lleva realmente"⁸¹.

La constitución nominal

Partiendo de la tesis que funda el enfoque ontológico de Lowenstein para clasificar las constituciones, éste señala que el carácter normativo de una constitución no es un hecho dado, en cada caso habrá que verificar cómo opera ésta en la práctica. La constitución nominal es aquella en que más allá de su validez jurídica, su normativa no opera realmente sobre el modo como transcurre el proceso político. En la práctica la constitución nominal cuando los factores de desarrollo social, económico, educacional, y político de una sociedad, son insuficientes o precarios, esta carece de eficacia en ordenar conforme a su normativa en la práctica el funcionamiento de los procesos de poder. La función de una constitución nominal es educativa, se supone que en un futuro su objetivo es llegar a convertirse en una constitución normativa. Continuando con la metáfora ya señalada, para Lowenstein la constitución nominal es "un traje que cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido"⁸².

La constitución semántica

⁸¹ Karl Lowenstein. Obra citada, p. 217.

⁸² *Ibídem*.

La constitución semántica es aquella que será plenamente aplicada, sin embargo su realidad ontológica no es más que la formalización, de quien detenta un poder político fáctico sustentado en la fuerza y el control del aparato coactivo del Estado. Más allá de que un elemento doctrinario esencial de la Constitución escrita es limitar la concentración del poder, la Constitución semántica lo que hace es conformar el poder en beneficio de quien lo detenta fácticamente, sea este un dictador, una junta de gobierno o un partido. El rol de la constitución semántica no es la limitación del poder, sino servir de instrumento para estabilizar formalmente y eternizar el poder por parte de quien lo detenta fácticamente.

Para continuar con la metáfora del traje, Lowenstein señala en relación a la constitución semántica "el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz"⁸³.

Como es evidente, clasificar una constitución como normativa, nominal o semántica no es un ejercicio que pueda ser hecho a partir de su contenido normativo específico. Generalmente las constituciones nominales o semánticas presumen ser normativas y su naturaleza ontológica solo es posible apreciarla sobre un análisis concreto de cómo opera en la realidad el proceso del poder.

Suele ser una dificultad la calificación de la cualidad ontológica de una determinada constitución dada la similitud formal de las instituciones políticas utilizadas por los Estados para organizar el poder. A veces no es fácil distinguir entre constitución nominal y normativa, sin embargo las constituciones semánticas ofrecen elementos que permiten reconocer con facilidad su carácter ontológico: cuando el jefe del Estado puede permanecer por tiempo indefinido en su cargo, cuando ejerza resortes de control en la generación y decisiones del parlamento; cuando se reserva decisiones políticas fundamentales a plebiscitos manipulados en lugar de un parlamento libremente elegido.

⁸³ Karl Lowenstein. Obra citada. p. 218.

Si examinamos el desarrollo constitucional chileno conforme a la clasificación ontológica de Lowenstein podemos concluir que los textos de los reglamentos constitucionales de la Patria Vieja y los correspondientes al período de "ensayos constitucionales" entre 1818 y 1828, fueron claramente constituciones nominales que implantaron de manera creciente una normativa que se correspondía con los principios clásicos del constitucionalismo liberal y democrático, pero que no lograron ordenar los procesos de poder en una sociedad colonial de rasgos feudales y agrarios con un Estado recientemente independizado de incipiente formación, que es lo que era Chile las dos primeras décadas de vida independiente.

Esto es particularmente evidente en el período que va desde 1818 a 1828 que culmina con la constitución liberal promulgada en ese año. Estos textos constitucionales liberales del cual la Constitución de 1828 es un epítome, coincidieron con un período histórico de verdadera anarquía. Como lo señala Alberto Edwards en el lenguaje mordaz que caracteriza su célebre ensayo *La Fronda aristocrática* "Esos discursos y teorías ni favorecieron ni evitaron el desorden, eran hojas de papel escrito y nada más; nunca se aplicaron ni era posible aplicarlas. La incapacidad de los caudillos, los odios que dividían a la clase dirigente, la indisciplina militar, he allí los obstáculos que se oponían al establecimiento de un régimen estable y ordenado. De las instituciones escritas nadie hacía caso ni a nadie estorbaron en consecuencia"⁸⁴.

Las constituciones políticas de ese período tuvieron claramente el carácter de constituciones nominales.

La Constitución de 1833 en su texto original y en su primera fase de vigencia durante los cuatro decenios de gobiernos conservadores tuvo predominantemente un carácter ontológico de constitución nominal. No obstante que su estructura normativa no retrocedió en relación a la constitución de 1828

⁸⁴ Alberto Edwards. *La fronda aristocrática*, p.43.

en su apego a los elementos del constitucionalismo liberal clásico, como se encargaron de señalarlo sus inspiradores, consagró resortes institucionales que potenciaron sin contrapesos el poder del Presidente de la República, con el explícito propósito de instalar un gobierno fuerte que en muchos aspectos durante el primer período de vigencia de la Constitución de 1833 rayó en el autoritarismo.

En el hecho un elemento doctrinario fundamental de los conservadores vencedores de Lircay fue que la ley fundamental debía reflejar las costumbres y condiciones del país.

Una cita de Diego Portales gran inspirador y constructor de la República a partir de la Constitución de 1833 transparenta de manera insuperable el carácter nominal de la Constitución de 1833 "La democracia que tanto pregonan los ilusos es un absurdo en los países como los americanos, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud, como es necesario para establecer una verdadera república. La monarquía no es tampoco el ideal americano: la república es el sistema que hay que adoptar; pero ¿sabe cómo yo la entiendo para estos países? Un gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y las virtudes. Cuando se haya moralizado, venga el Gobierno completamente liberal, libre y lleno de ideales, donde tengan parte todos los ciudadanos"⁸⁵.

La segunda etapa de vigencia de la Constitución de 1833 después de las relevantes reformas de 1874, que corresponden al período de gobiernos liberales hasta la revolución de 1891, es un período en que puede calificarse de constitución normativa, en el sentido que los procesos del poder en la práctica y

⁸⁵ Carta de Diego Portales. Marzo de 1822. Citada por Collier Simon en *Ideas políticas de la Independencia de Chile*, p.315.

el funcionamiento se juntó al texto de la constitución como este había quedado después de las reformas de 1874.

La tercera etapa de vigencia de la Constitución de 1833 conocido como "período parlamentario" que va desde 1891 hasta 1925 desde un análisis de su naturaleza ontológica podemos señalar que la Constitución volvió a tener un carácter de constitución nominal en el sentido de que los procesos de poder políticos transcurrieron sobre la base de un predominio del parlamento, que no contemplaba la normativa del texto constitucional, que neutralizó por completo al poder ejecutivo, abrió un período de ingobernabilidad que culminó en una franca crisis política en la década de 1920 que configuró las condiciones y la necesidad de un nuevo texto constitucional que fue la Constitución de 1925.

Finalmente la Constitución de 1925 cabe claramente en la calificación de constitución normativa. En el hecho, las normas consagradas en su texto y la evolución política del país hasta 1973 fueron retroalimentándose, hasta consolidar un texto constitucional de corte liberal, que garantizó las libertades y que ordenó una práctica política y un funcionamiento del poder estatal propio de una democracia sólida y un Estado de Derecho en forma.

La Constitución de 1980. No obstante que las ideas de Lowenstein sobre la clasificación ontológica de las constituciones fueron escritas en la década del 50, tres décadas antes de la Constitución de 1980, este texto impuesto por el Gobierno Militar del General Pinochet, calza en todos sus elementos en lo que Lowenstein llama una constitución semántica.

En efecto, teniendo en cuenta que fue gestada por un "poder constituyente" que la Junta Militar de gobierno se había auto conferido, teniendo en cuenta en segundo lugar que esta detentaba el poder producto de un golpe de Estado que había depuesto a un gobierno constitucional y democráticamente elegido, teniendo en cuenta en tercer lugar, de que buscó su legitimidad en un

plebiscito fraudulento, resulta evidente que su "realidad ontológica" no es otra que la formalización jurídica institucional del poder político que las Fuerzas Armadas ostentaban de facto, al que habían accedido por la fuerza.

Adicionalmente, aprobada y promulgada a mansalva en el plebiscito fraudulento de 1980, contemplaba disposiciones transitorias en virtud de las cuales las instituciones que consagraba entrarían en vigencia recién en 1988, es decir, ocho años después, fecha en la cual las propias disposiciones transitorias consagraban la realización de un plebiscito en que las Fuerzas Armadas propondrían un nombre para presidente de la República (Pinochet) que ejercería durante 8 años. Esto garantizaba al General Pinochet 8 años de gobierno hasta 1988 y otros 8 años sobre el presupuesto de que el plebiscito de 1988 no sería más que un trámite para mantenerlo otros 8 años en el poder, o sea, 16 años que coincidían con su ciclo biológico vital. Se trataba claramente de un diseño que le garantizaba un poder prácticamente de por vida. Concluyendo el análisis desde la clasificación ontológica de Lowenstein, no faltaba en la Constitución de 1980 ninguno de los elementos de una Constitución semántica.

En relación a su contenido normativo garantizaba la perpetuación institucional del poder de las Fuerzas Armadas. Como se ha examinado al otorgarles el carácter de "garantes" de la institucionalidad y el rol consagrado al Consejo de Seguridad Nacional. Por otro parte, consagraba la exclusión de la vida política "artículo 8" de corrientes políticas que profesaran la doctrina, entre otras cosas, de la "lucha de clases", lo que excluía a fuerzas políticas que en la penúltima elección democrática antes del golpe de Estado habían obtenido el respaldo del 50 % de los votos y en la última seis meses antes del golpe de estado el 44 % de los votos.

Por otra parte, subordinaba al parlamento al consagrar la nominación digital por organismos controlados por el Presidente de la República de un tercio del Senado y al establecer quórum supra mayoritarios no solo para reformar la

propia Constitución (dos tercios o tres quintos) si no para la modificación de un conjunto de leyes que se denominaba orgánicas constitucionales, exigiendo cuatro séptimos del parlamento, quorum inalcanzable dado que un tercio del Senado era designado y no elegido democráticamente y con un sistema electoral de distritos binominales para ambas cámaras que garantizaba a la minoría política que sustentaba al Gobierno Militar, de manera permanente la mitad de los escaños con el 33% de los votos.

En el hecho en las elecciones parlamentarias que se han verificado desde 1989 hasta la fecha, se produjo empate entre la coalición minoritaria y la que ganó las elecciones en el 90 por ciento de los distritos o circunscripciones senatoriales.

CAPÍTULO 7. LA REFORMA DE 1989 A LA CONSTITUCIÓN DE 1980

ANTECEDENTES

En ese contexto, la coalición que había triunfado en el plebiscito planteó a la Junta de Gobierno, por la vía de una presentación de distinguidos juristas del ámbito de la oposición (Germán Urzúa, Mario Verdugo, Emilio Pfefer, Carlos Andrade y Francisco Cumplido), una solicitud de que el Gobierno Militar estudiara un conjunto de reformas a la Constitución de 1980.

"La tarea más importante y urgente que Chile tiene en la actualidad es hacer viable un sistema democrático que sea a la vez seguro y estable.

Por esta razón esta tarea debe ser asumida hoy por todos los sectores políticamente comprometidos en la búsqueda de sistemas constitucionales que permitan el desenvolvimiento armónico de la nación; esto es, sin que la decisión

sea postergada hasta después de efectuadas las elecciones de diciembre de 1989"⁸⁶.

El planteamiento formulado al Gobierno Militar en la solicitud señalada que proponía se estudiaran un conjunto de reformas que facilitaran el cambio político hacia la democracia fue acogido, lo que abrió un diálogo entre la Junta de Gobierno y la oposición, para reformar la Constitución de 1980.

La Concertación de Partidos por la Democracia, coalición opositora al régimen militar que había ganado el plebiscito de 1988, nominó una comisión técnica para abordar la negociación.

A su vez, Renovación Nacional, expresión de un sector importante de la derecha, que había apoyado al Gobierno Militar, asumiendo el resultado del plebiscito, se incorporó a la negociación formando una comisión técnica y proponiendo también un conjunto de reformas.

La negociación dio lugar finalmente a un acuerdo de 54 reformas a la Constitución de 1980. Estas reformas fueron limitadas en su alcance democratizador, apenas las indispensables para viabilizar un proceso de tránsito a un régimen democrático, dejando pendientes enclaves autoritarios que ponían severos límites al restablecimiento de una verdadera democracia.

Las 54 reformas de 1989, implicaron modificaciones a distintos capítulos de la Constitución.

La reforma incidió en distintas materias, a saber: las bases de la institucionalidad, la ciudadanía, derechos y deberes constitucionales, Presidente de la República, estados de excepción constitucional, Congreso Nacional, Poder judicial, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y de Orden y de Seguridad

⁸⁶ Presentación de profesores de derecho político y constitucional a nombre de la coalición que había triunfado en el plebiscito, solicitando reformas constitucionales a la Junta Militar de Gobierno, 1988. El planteamiento era abordar reformas antes de 1989 en que habría una Elección presidencial de acuerdo al itinerario consagrado en las disposiciones transitorias de la Constitución de 1980, para el evento que había ocurrido, de que triunfara el No en el plebiscito del 1988.

Pública, Consejo de Seguridad Nacional, Gobierno y Administración Interior del Estado, Reforma Constitucional, y finalmente hubo modificaciones que recayeron sobre las disposiciones transitorias. La mayoría de ellas fueron de aspectos superficiales, salvo la relativa al pluralismo político.

Las 54 reformas fueron plebiscitadas en 30 de julio de 1989 y aprobadas por un 85,70% de los votos, con una muy alta participación (la abstención fue del 6,29% del padrón electoral).

Analizaremos las reformas más relevantes de 1989 que posibilitaron el inicio de la transición a la democracia.

Modificación al Artículo 8 del texto original de la Constitución de 1980.

Esta modificación permitió reestablecer el principio del pluralismo en la institucionalidad consagrada por la Constitución de 1980. El texto original del Artículo 8 señalaba: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra a familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contradicciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de 10

años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación, ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general durante dicho plazo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieran en la fecha de la declaración del Tribunal en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán además de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso 4.

La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia".

Esta norma del artículo 8 que consagraba la discriminación ideológica, excluyendo de la vida política y del ejercicio de otros derechos, sometiendo a una virtual *capitis diminutio* a una franja importante de la comunidad nacional, consagró una decisión temprana del gobierno militar de restringir el pluralismo en la nueva institucionalidad. En esto a diferencia de otros aspectos autoritarios de la constitución contó siempre con el respaldo de los sectores civiles que participaron en el proceso constituyente.

El texto reformado derogó el Artículo 8 y recogió el planteamiento de la Concertación de Partidos por la Democracia, en la negociación que propugnaba que el texto no solo derogara el artículo 8 sino que contuviera una afirmación expresa del pluralismo político.

De este modo quedó derogado en la reforma el Artículo 8, y se consagró la afirmación del principio del pluralismo político al incluir un inciso en el artículo 19 número 15, relativo al derecho a asociarse sin permiso previo quedando del siguiente modo: "La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad".

La reforma al artículo 8 y el establecimiento del pluralismo político abatió uno de los elementos no democráticos más relevantes del texto original de la Constitución de 1980.

En materia de derechos políticos y soberanía la reforma recogiendo un planteamiento de la Concertación de Partidos por la Democracia, consagró como un deber del Estado el respeto a derechos que garantizan tanto la propia Constitución como los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

Luego de la Reforma el Artículo quedó de la siguiente forma:

"La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Modificaciones relativas a la incompatibilidad político gremial:

El texto original de la Constitución de 1980 en su intención de "despolitizar" las entidades gremiales consagraba 3 disposiciones:

Artículo 23. Esta norma impedía a un dirigente de una agrupación gremial, pertenecer a un partido político.

Artículo 54, número 7, inhabilitaba al dirigente gremial o vecinal para desempeñarse como senador o diputado, esta incompatibilidad se consagraba con un efecto retroactivo aplicándose a quienes hubieran sido dirigentes dentro de los dos años anteriores a la elección.

En tercer lugar el artículo 19 inciso final que prohibió la participación en actividades político partidarias a las organizaciones sindicales y sus dirigentes.

La reforma, solo modificó parcialmente la incompatibilidad político gremial, consagrada en los preceptos señalados del artículo 23, en primer lugar, se redujo la incompatibilidad de los dirigentes gremiales a ocupar cargos directivos superiores nacionales y regionales en los partidos políticos, excluyendo de la incompatibilidad a los dirigentes menores y a la militancia.

En relación al artículo 54 número 7, la Reforma mantuvo la inhabilidad de dirigente gremial y vecinal con ser candidato a diputado o senador pero eliminó el efecto retroactivo de esta, estableciéndola solo hasta el momento de inscribir su candidatura.

Finalmente en relación a la prohibición que establecía el número 19 del artículo 19 a las organizaciones sindicales y sus dirigentes para intervenir en actividades político partidistas, la reforma suprimió la prohibición para los dirigentes sindicales y la mantuvo para las organizaciones.

Reforma a la vigencia y protección de los derechos y garantías bajo los Estados de Excepción Constitucional:

Siguiendo sus orientaciones doctrinarias fundamentales, la Constitución de 1980, contemplaba un aumento sustancial de las situaciones de excepción constitucional en relación a las que consagraba la Constitución de 1925. Consagraba además una gran cantidad de limitaciones y restricciones a las garantías y derechos fundamentales.

El Artículo 39 de la Constitución señalaba que los derechos y garantías consagrados en ellas solo podían ser "afectados" en las situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

Artículo 41 número 2. Establecía como atribuciones del presidente de la República durante el estado de sitio: "Trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarla en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles u otros que no estén destinados a detención o prisión de reos comunes, y expulsarlas del territorio nacional. Podrá además restringir la libertad de locomoción y prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio. Así mismo podrá suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de información y de opinión, restringir el principio de los derechos de asociación y de sindicación e imponer censura a las correspondencias y a las comunicaciones".

El Artículo 41 número 4, establecía "con la declaración del estado de emergencia se podrán adoptar todas las medidas del estado de sitio, con excepción del arresto de las personas, de su traslado de un punto a otro del territorio, de la expulsión del país y de la restricción del ejercicio de los derechos de asociación y sindicación. En cuanto a la libertad de información y opinión solo podrán restringirse".

El artículo 41 número 7, del texto original, dispone que las medidas de expulsión del territorio de la República, y la prohibición de regreso al país, se

mantendrá hasta que la autoridad que las decretó las deje expresamente sin efecto aún que haya cesado en estado de excepción que les dio lugar.

El artículo 41 número 3 de la Constitución declara improcedentes en los estados de asamblea y de sitio el recurso de amparo. A su vez el inciso segundo de esta norma declara improcedente el recurso de protección durante cualquier estado de excepción constitucional.

Modificaciones introducidas por la reforma:

La reforma estableció las siguientes modificaciones:

En primer lugar modificó el artículo 39 y estableció que los derechos y garantías que la Constitución asegura solo pueden ser afectadas en su ejercicio pero en ningún caso los derechos mismos.

La reforma en relación a las atribuciones del presidente bajo estado de sitio (Artículo 41 número 2) eliminó la facultad de expulsar personas del territorio nacional y la prohibición de ingreso o salida del territorio; eliminó también la facultad de imponer censura a la correspondencia y comunicaciones, así como, la restricción al ejercicio de los derechos de asociación y sindicación. Esta modificación se consagró pasando a ser el artículo 43 inciso 2 después de la reforma.

En relación a las facultades del Presidente bajo estado de emergencia, la reforma consagró "que por la declaración de estados de emergencia el presidente de la república podrá restringir las libertades de reunión y locomoción, eliminándose las facultades de restringir las de información y opinión.

Respecto a la vigencia de las medidas restrictivas bajo estado de emergencia (artículo 47, número 7), la reforma estableció modificando el texto del 41 número 7 señalando que las medidas restrictivas adoptadas durante el

estado de emergencia no podrán prolongarse más allá de la vigencia del estado de excepción.

En relación a la procedencia del recurso de amparo y protección. La reforma modificó reemplazando el Artículo 41 número 3 que declaraba improcedente los recursos de amparo y protección bajo estado de asamblea y de sitio, reconociendo la procedencia de estos recursos. Después de la reforma la procedencia de los recursos de amparo y protección fueron plasmados en el artículo 45.

Modificaciones introducidas por la reforma al Sistema Electoral e integración del Parlamento en la Constitución de 1980:

En su artículo 4 la constitución de 1980 señala "Chile es una República democrática" y en su artículo 15 señala "en las votaciones populares el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será además obligatorio".

Es muy importante poner de relieve que el concepto de igualdad del voto consagrado en el artículo 15, consiste en que el voto de cada ciudadano tenga un valor equivalente.

El artículo 18 de la Constitución de 1980 establece que "habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizará los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución".

El sistema electoral público de la Constitución de 1980 quedó complementado y configurado no con una sino con tres Leyes Orgánicas Constitucionales: 1) La Ley Orgánica Constitucional sobre el Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral (Ley N° 18.556); 2) Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones (Ley N° 18.640); 3) Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios (Ley N° 18.700).

En cuanto a la integración del parlamento la Constitución de 1980 consagraba en su artículo 43 que "la Cámara de Diputados está integrada por 120 miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva". Y en relación al Senado el artículo 45 establecía que "el Senado se integrará con miembros elegidos en elección directa por cada una de las 13 regiones del país. A cada región corresponderá elegir 2 senadores en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva". Adicionalmente el senado estará integrado conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 45 por 10 senadores designados y no elegidos y por senadores vitalicios que correspondían a los ex presidentes de la República que hubieran desempeñado el cargo por 6 años en forma continua.

La Ley 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, estableció un sistema electoral de distritos múltiples binominales. Los 120 Diputados que establecía la Constitución se elegían en 60 distritos binominales.

Le elección de dos Diputados por Distrito permitía a la lista minoritaria elegir un escaño con el 33% de los votos pues la lista mayoritaria debía doblarla en votación para obtener los dos escaños. El sistema estaba diseñado para proteger a la minoría y propiciaba una tendencia al empate en la mayoría de los distritos.

No obstante que en la negociación, se demandó a la Junta Militar de Gobierno, establecer un sistema electoral proporcional corregido por un umbral del 5% de votos para evitar la proliferación excesiva de partidos políticos, y se demandó aumentar el número de diputados restableciendo el mecanismo de determinar el número de escaños en proporción al número de electores por distrito. Se demandó así mismo, aumentar el número de senadores electos y eliminar los senadores designados.

En esta materia la reforma de 1989 no modificó nada. Se mantuvo el número de 120 diputados elegidos en 60 distritos binominales. Se mantuvieron los senadores designados y la única modificación fue el aumento de senadores elegidos al establecerse en una disposición transitoria en la reforma que las Regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Maule, del Bío Bío, de la Araucanía y de los Lagos, se dividirían en dos circunscripciones que elegirían dos senadores cada una, lo que elevó el número de senadores electos a 38.

En síntesis este aspecto central del andamiaje de la Constitución de 1980 quedó prácticamente intocado por la reforma de 1989.

La reforma en relación a las Fuerzas Armadas:

La Constitución de 1980 consagró un estatus de las Fuerzas Armadas colocándolas en el vértice del poder del Estado con resortes de tutelaje por sobre los poderes Ejecutivo y Legislativo, incluso Judicial, teniendo en cuenta la amplitud de la prerrogativa tutelar que se le consagraban al Consejo de Seguridad nacional.

En la práctica el contenido normativo de la Constitución de 1980 relativo a la Fuerzas Armadas se había formulado siguiendo las instrucciones del oficio al que hemos hecho referencia anteriormente, que enviara el general Pinochet en noviembre de 1977 a la comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

El estatus señalado en las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1980 estaba consagrado en el inciso segundo del artículo 90 "son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República".

En cuanto a la dependencia, hasta 1973, en nuestro derecho público dependían del Presidente de la República y tenían el carácter de dependientes y no deliberantes. Esta norma fue establecida en la Constitución del 1980 en el inciso final del Artículo 90. Pero en la práctica estaba quebrada por lo dispuesto

en el Artículo 93 que consagraba la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros.

Finalmente, el Artículo 95 consagraba un organismo "el Consejo de Seguridad Nacional" que no tenía precedentes en nuestro derecho público. Como ya se ha señalado, el capítulo anterior, estaba integrado por el presidente de la república, los presidentes del senado y la corte suprema y los comandantes en jefe de las tres ramas de las fuerzas armadas más el general director de carabineros. Esto significa que su integración era mayoritariamente militar. El Artículo 96 establecía dentro de las funciones del Consejo, en la letra b "representar a cualquier autoridad establecida por la constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional".

La Junta militar de gobierno no concedió prácticamente ninguna de las demandas de reformas en esta materia que solicitó la comisión de la coalición opositora:

En primer lugar, se mantuvo la inamovilidad de los Comandantes en Jefe. No solo por 4 años que era el plazo de duración de su cargo que les consagrara el Artículo 3 de la constitución, sino que una disposición transitoria (Artículo 8 transitorio) les otorgó a quienes estaban ejerciendo la Comandancia en Jefe de la Dirección general de Carabineros y la movilidad por un plazo de 8 años.

En relación a la configuración del consejo de seguridad nacional la única innovación de la reforma fue la incorporación como miembro del contralor general de la república.

Finalmente, en relación a las atribuciones del consejo de seguridad nacional, particularmente, se señalaba de la letra B del artículo 96, la reforma de 1989 estableció una modificación prácticamente semántica al reemplazar la palabra "representar" por la de "hacer presente". Sí restringió las autoridades ante

las cuales el Consejo de Seguridad podía hacer presente su opinión reemplazando la frase "a cualquiera autoridad establecida en esta constitución" por restringiéndola a: el Presidente de la República, el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional.

La reforma de 1989 en relación a los mecanismos de Reforma Constitucional:

Como se señaló en el capítulo pertinente, la Constitución de 1980 en su texto original era extremadamente rígida en relación a las modalidades para ser reformada, estableciendo un quorum general de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio y amplio poder de veto a las reformas por parte del Presidente de la República. Ahora en el caso de los capítulos primero Bases de la institucionalidad, capítulo séptimo Del Tribunal Constitucional, capítulo décimo De las Fuerzas Armadas y de Orden de seguridad pública, capítulo décimo primero Del Consejo de Seguridad Nacional, se establece un quórum de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio y adicionalmente el proyecto que así sea aprobado se guardará hasta la siguiente renovación de ambas cámaras las que la primera sesión que celebren votarán por el proyecto aprobado por el Congreso anterior. Si la reforma fuere ratificada por los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso volverá al Presidente para su promulgación. No obstante, éste si está en desacuerdo, podrá consultar a la ciudadanía en un plebiscito.

Como se señaló en el capítulo pertinente, esta norma asociada a un sistema electoral que propiciaba el empate entre la mayoría y la minoría en su presentación en el parlamento convierte a la constitución de 1980 en un Constitución pétrea.

La reforma flexibilizó de manera muy tenue la extrema rigidez del procedimiento de reforma establecido en la Constitución de 1980:

En primer lugar el proyecto disminuyó de las tres cuartas partes a los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio el quorum necesario para la insistencia del congreso ante el rechazo total del presidente de la República a un proyecto de reforma constitucional (el quorum de dos tercios por las razones ya señaladas es igualmente inalcanzable). Y por otra parte, derogó el Artículo 118 que establecía la norma de los dos Congresos para las materias ya señaladas. Sin embargo, mantuvo el quorum de los dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio para aprobar reformas que recaigan en los capítulos, primero Bases de la institucionalidad, Tercero De los Derechos y Deberes Constitucionales, capítulo séptimo Del Tribunal Constitucional, capítulo décimo De las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y capítulo décimo cuarto De la Reforma de la Constitución.

En conclusión las reformas pactadas entre la Junta de Gobierno de las Fuerzas Armadas y las comisiones que representaron a la Concertación de partidos por la Democracia (Coalición opositora que había triunfado con la opción NO en el plebiscito de 1988) y del Partido Renovación Nacional, fueron las mínimas destinadas a habilitar un espacio constitucional democrático que permitiera abrir paso a la reconstrucción de un régimen democrático.

El único elemento sustancial del régimen político autoritario que consagraba la Constitución de 1980 que fue abatido por la reforma de 1989, fue la eliminación del Artículo 8, que significó reestablecer el pluralismo de manera plena en nuestro ordenamiento institucional superando el pluralismo restringido del Artículo 8 del texto original.

Más allá de las tenues reformas que se señalaron, permanecieron prácticamente incólumes elementos centrales del régimen político de corte autoritario consagrados en la Constitución de 1980: por un lado, un parlamento jibarizado en el número de diputados y senadores por una parte, y con una parte del senado que no tenía su fuente de generación en la soberanía popular. Sumado

a ello un sistema electoral público que vulneraba de manera descomedida el principio de igualdad del voto y que propiciaba el empate entre la mayoría y la minoría por el carácter binominal de los distritos, redibujados por la Junta Militar después del Plebiscito de 1988 en una clara operación de "Jerrymandering".⁸⁷

Por otra parte, el rol tutelar de las Fuerzas Armadas en el sistema político se mantuvo incólume al sostenerse las prerrogativas al Consejo de Seguridad Nacional y la inamovilidad de los Comandantes en Jefe, y al mantenerse de modo explícito la norma que le otorgaba a las Fuerzas Armadas el rol de garante del orden institucional de la República.

Y finalmente, el sistema de reforma establecido, más allá de las modificaciones señaladas, sostuvo sus elementos de rigidez, que asociados a las características ya señaladas del sistema electoral, hacen extremadamente difícil que una mayoría que quiera propiciar el cambio alcance el quorum necesario para reformar los aspectos sustanciales de la Constitución.

CAPÍTULO 8.

LAS REFORMAS DEL 2005 A LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Antecedentes

El año 2005 bajo la presidencia de Ricardo Lagos⁸⁸, la Constitución de 1980 había sido objeto de sucesivas y numerosas reformas. La más relevante fue la plebiscitada en 1989 producto del pacto constitucional entre la Junta Militar y la Coalición democrática que había ganado el plebiscito de 1988. Esta Reforma

⁸⁷ Jerrymandering es un concepto de la Ciencia Política, que consiste en la manipulación de los distritos al configurar un sistema electoral, con el propósito de favorecer a un sector político en desmedro de otro.

⁸⁸ Ricardo Lagos había sido junto a Patricio Aylwin uno de los principales líderes de la Transición. Era el líder indiscutido de los partidos de izquierda (Partido Socialista y Partido por la Democracia) que integraban la coalición de centro izquierda que había gobernado al país desde 1990. Después de dos presidentes demócrata cristianos, Aylwin (1990-1994), Frei (1995-2001), Ricardo Lagos era el primer Presidente perteneciente al ala izquierda de la coalición PPD-PS.

restableció el pluralismo político que estaba limitado en la Constitución de 1980 pero dejó incólumes los demás elementos autoritarios, fundamentales, de la Constitución de 1980.

En los 15 años desde 1990 hasta el 2005 habían fracasado decenas de intentos de reforma a la Constitución para restablecer un código plenamente democrático, que se habían estrellado en el veto de la minoría de derecha en el Parlamento, protegida por los quórum supra mayoritarios inalcanzables aun para una sólida mayoría, que establecía la Carta de 1980 para su reforma.

A quince años del inicio de la transición, la institución de los senadores designados, en la medida que eran nombrados por estamentos institucionales en los cuales la derecha política había perdido hegemonía, pasó a convertirse en una institución desechable para este sector político. Por otra parte el esclarecimiento de la verdad, de los crímenes, y violaciones aberrantes a los derechos humanos, cometidos por el Gobierno Militar, habían restado cualquier fundamento de legitimidad, si es que algún día la tuvo, al estatus tutelar y de práctica supremacía sobre el poder civil, que el texto de la Constitución de 1980 consagraba a las Fuerzas Armadas.

Todo ello sumado a la firme decisión del Presidente Lagos de terminar con los enclaves autoritarios de la Constitución Política de la República y delinear plenamente el texto constitucional, conforme a las normas de un Estado democrático de derecho, dio como resultado un proceso de Reforma, que finalmente se aprobó por amplio consenso en el parlamento de la República. Estas, comportaron un segundo pacto político constitucional, decisivo para dejar atrás los elementos autoritarios y no democráticos de la Constitución de 1980.

En el proceso de Reformas el año 2005, se aprobaron 58 reformas:

En el capítulo de Base de la Institucionalidad se aprobaron las siguientes reformas:

1. Regionalización. Se reemplazó el artículo 3 por el siguiente "El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcretada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias, y comunas del territorio nacional".

2. Obligación de los órganos del Estado; garantizar el orden institucional de la República. Inciso 1° del Artículo 6. Se agregó la frase final "Y garantizar el orden y la seguridad pública".

3. Principios de Probidad y Publicidad. Texto aprobado. Se intercala en el artículo 8 derogado un artículo 8 nuevo: El ejercicio de las Funciones Públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. "Son públicos los actos y las soluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilice. Sin embargo, solo una ley de quorum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectara el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

En el capítulo Nacionalidad y Ciudadanía se aprobaron las siguientes Reformas:

1. Adquisición y pérdida de la nacionalidad. Texto aprobado. Se modificó el artículo 10 del siguiente modo: se eliminó el número 2, el número 3 pasó a ser el 2 con el siguiente texto "Los hijos de padre o madres chilenos, nacidos en territorio extranjeros. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendentes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1, 3 ó 4".

Se reemplazó el número 4 que pasó a ser 3 por el siguiente "los extranjeros que obtuvieren cartas de nacionalización en conformidad a la ley".

El artículo 11 se modificó de la siguiente forma: se sustituyó el número 1 por el siguiente: La nacionalidad chilena se pierde: "por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente. Esta renuncia solo producirá efectos si la persona previamente se ha nacionalizado en país extranjero".

2. Ejercicio de ciudadanía por chilenos nacidos en el extranjero y por quienes hubieran obtenido la nacionalidad por gracia. Texto aprobado. Se agrega un inciso 3 nuevo en el artículo 13 "tratándose de los chilenos a que se refieren los números 2 y 4 del artículo 10, el ejercicio de los derechos que le confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado vecindados en Chile por más de un año".

3. Requisitos para que chilenos nacionalizados por carta de nacionalización opten a cargos públicos de elección popular. Texto aprobado. Se agrega un inciso 2 nuevo en el artículo 14. "Los nacionalizados en conformidad al artículo 3 del número 10, tendrán la opción a cargos públicos de elección popular solo después de 5 años de estar en poder de sus cartas de nacionalización".

4. Suspensión del derecho a sufragio. Texto aprobado. Se reemplazó en el número 2 del artículo 16 la expresión "procesadas" por "acusadas".

5. Pérdida y rehabilitación de la ciudadanía.

A todas las reformas anteriores y posteriores de esta envergadura habría una referencia muy breve.

Reforma del 2005 sobre composición del Senado

Esta fue una de las reformas fundamentales aprobadas el año 2005 que modificó un aspecto normativo donde el texto original de la Constitución de 1980 recusaba claramente un déficit democrático; concretamente, la generación

de una parte del Senado por designación y no por elección popular. La eliminación de los senadores designados se había intentado en numerosas oportunidades y había sido objeto de numerosas mociones parlamentarias. En el hecho ya fue una demanda del grupo de juristas que en 1988 solicitó al gobierno militar un conjunto de reformas constitucionales después del triunfo del "NO" en el plebiscito del 05 de octubre de 1988.

La eliminación de los senadores designados fue planteada también por la Concertación democrática en la negociación de las Reformas de 1989, sin embargo, el planteamiento no fue aceptado por el gobierno militar.

El texto aprobado quedó del siguiente modo "el Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a la regiones del país. La ley orgánica constitucional respectiva determinará el número de senadores, las circunscripciones senatoriales y la forma de su elección. Los senadores durarán 8 años en sus cargos y se renovarán alternadamente cada 4 años, correspondiendo hacerlo en un período a los representantes de las regiones en un número impar y en el siguiente a los de las regiones de número par y de la región metropolitana". Este texto reemplazó el Artículo 45 que establecía la existencia de senadores designados.

Se aprobó una disposición transitoria para permitir que los senadores designados en ejercicio desempeñaran sus funciones hasta el término de la legislatura.

La Reforma como se desprende del texto transcrito eliminó también a los ex presidentes de la República como senadores vitalicios.

En relación a los requisitos para ser elegido parlamentario se rebajó la edad para ser elegido diputado a 18 años y para ser elegido senador a 35 años.

Como observó el senador Silva Cimma durante la tramitación de las reformas en el senado, se habían presentado desde 1990 hasta la fecha (2005)

alrededor de 175 proyectos de reforma constitucional, casi todos los cuales contenían la proposición de eliminar los senadores designados y vitalicios.

La Reforma fue finalmente aprobada por unanimidad, abatiendo uno de los enclaves autoritarios más relevantes del texto original de la Constitución de 1980 y reestableciendo la doctrina del voto popular como fuente de generación del Parlamento de la República.

En este ámbito relacionado con el Parlamento se modificó también la forma de prever la vacancia en cargos parlamentarios estableciéndose que "la vacante a diputados y senadores se preverán con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentaria que produjo la vacante al momento de ser elegido. Los parlamentarios elegidos como independientes no serán reemplazados". Esta reforma perseveró en el criterio establecido en la Constitución de 1980 de no recurrir para proveer las vacantes de parlamentarios a elecciones ordinarias o extraordinarios que era el sistema que establecía la Constitución de 1925.

En relación al Parlamento la reforma de 2005 rebajó la edad para ser elegido Senador a 35 años..

Adicionalmente, se realizaron un conjunto de reformas a diversos aspectos de funcionamiento de ambas ramas del parlamento:

La Reforma del 2005 relativa al Tribunal Constitucional

La reforma de 2005 modificó la integración del Tribunal Constitucional que en el texto vigente tenía una composición en cuya generación tenía injerencia el estamento militar, el Senado con integración como se recordará con senadores designados, la corte Suprema en votaciones sucesivas lo que implicaba que una mayoría determinada nombrara a 3 ministros que le correspondían a este tribunal.

En la práctica esta forma de denominación comprometía completamente la autonomía de este organismo. Ahora bien, la Reforma del 2005 estableció una integración de 10 miembros designados de la siguiente forma:

- a) 3 designados por el Presidente de la República
- b) 4 elegidos por el Congreso Nacional: 2 serán nombrados directamente por el Senado y 2 serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos o la propuesta en su caso se efectuarán en votaciones únicas y requerirá para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio según corresponda.
- c) 3 miembros elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para el efecto (al eliminarse el carácter de eliminación de votaciones sucesivas que establecía el texto reformado se permite la expresión de la minoría).

Adicionalmente la reforma modificó las atribuciones del Tribunal Constitucional, radicando en él el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que hasta entonces conocía la Corte Suprema.

La reforma del 2005 en relación a las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública:

En primer lugar la Reforma suprimió el rol de garantes exclusivos del orden institucional de la República que las consagraba el Artículo 90 del texto reformado. Se reemplazó la frase del inciso segundo Artículo 90 que señalaba que las Fuerzas Armadas "existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional, y garantizan el orden institucional de la República". Fue reemplazado por la frase "existen para la defensa de la patria, y son esenciales para la seguridad nacional".

En segundo lugar, la Reforma de 2005, terminó con la inamovilidad que el texto reformado otorgaba a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros y restableció al Presidente de la República la prerrogativa de llamar a retiro por decreto fundado e informado previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, a los Comandantes en Jefes del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y al General director de carabineros, en su caso, antes de completar su respectivo período. Esta también constituye una reforma crucial porque reestablece la jerarquía de Presidente de la República como jefe del poder Ejecutivo y autoridad emanada de la soberanía popular por sobre las Fuerzas Armadas.

La Reforma en relación al Consejo Nacional de Seguridad:

La Reforma de 2005 modificó también la composición y naturaleza del Consejo de Seguridad Nacional, órgano que formaba parte como estaba concebido en el texto original de la Constitución de 1980, del sistema de tutelaje del sistema político por parte de las Fuerzas Armadas.

En primer lugar la Reforma estableció al Consejo de Seguridad Nacional como un órgano asesor del Presidente de la República en materias vinculadas a la Seguridad Nacional.

En segundo lugar consagró una mayoría civil en su integración con la participación del Presidente de la República que lo preside y la integración por los presidentes del Senado de la Cámara de diputados de la corte suprema y el contralor general de la República, junto a los comandantes en jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y el director general de Carabineros.

Adicionalmente la Reforma eliminó la posibilidad de que el Consejo se autoconvocara a solicitud de 2 de sus miembros que le consagraba el inciso tercero del artículo 95 del texto reformado; estableciendo "que el Consejo se

reunirá cuando sea convocado por el Presidente de la República". El Consejo no adoptará acuerdos salvo en lo que se refiera a reglamentar su organización y funcionamiento. Las funciones de representar su opinión ante algunas autoridades frente a algún hecho, acto o materia que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional que le consagraba el texto reformado fue derogada, del mismo modo que la función de recabar de autoridades y funcionarios de administración antecedentes relacionados con la seguridad interior y exterior del Estado, que comportaba la obligación de estos de proporcionarlos bajo el procedimiento de sanciones. Esta función dada la nueva naturaleza que después de la Reforma pasó a tener el consejo nacional de seguridad también fue derogada.

Finalmente en relación a las regulaciones sobre la reforma de la Constitución la Reforma del 2005, no modificó la extrema rigidez de la Constitución de 1980 en relación a las normas que regulan su reforma, que apenas habían sido tocadas en la reforma de 1989.

La Reforma de 2005 solo tocó aspectos formales y no sustantivos en relación a la tramitación de reforma constitucional.

En primer lugar reemplazó el inciso final del Artículo 116 que señalaba "que será aplicable a los proyectos de reforma constitucional el sistema de urgencias", la Reforma reemplazó el señalado inciso por el siguiente: "En lo no previsto en este capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reformas constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quorum señalados en el inciso anterior.

Por otra parte la Reforma de 2005 suprimió el trámite de aprobación de la reforma constitucional por el Congreso Pleno, estableciendo que un proyecto de

reforma constitucional pasará al Presidente de la República una vez que "lo aprueben ambas cámaras".

La reforma del año 2005. ¿Una nueva Constitución?

La Reforma del año 2005 abrió un importante debate político y doctrinario sobre su alcance. El 17 de septiembre de 2005 en una relevante ceremonia republicana, en presencia de su gabinete y representantes de los tres poderes del Estado, organizaciones sociales y civiles, la Fuerzas Armadas, representantes de los distintos credos y religiosos, y del mundo académico y cultura, el Presidente de la República Ricardo Lagos, firmó en el palacio de La Moneda, el decreto promulgatorio del nuevo texto refundido de la Constitución Política del Estado después de las reformas aprobadas por el Parlamento.

En su discurso el presidente Ricardo Lagos fijó su posición sobre lo que consideraba la naturaleza, y alcance y trascendencia de las reformas constitucionales del 2005 "Hoy 17 de septiembre de 2005 firmamos solemnemente la Constitución democrática de Chile", fueron sus primeras palabras.

"Este es un día muy grande para Chile. Tenemos razones para celebrar, tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile, es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional", agregó "Hoy nos reunimos inspirados en el mismo espíritu de 1833 y 1925, darle a Chile y a los chilenos una Constitución que nos abra paso al siglo XXI".

El Presidente Ricardo Lagos, se deduce de sus palabras, apreciaba las reformas del 2005 como un paso histórico. De hecho se desprende con claridad a lo menos 3 conceptos: en primer lugar que las Reformas de 2005, aunque no lo explicitó con esas palabras, comportaban el reencuentro de nuestra

institucionalidad política con la matriz doctrinaria del constitucionalismo democrático que habían inspirado el desarrollo constitucional chileno hasta el golpe de Estado de 1973. En segundo lugar comportaba una apreciación al señalar que se trataba de una "Constitución democrática", en el sentido de que la reforma de 2005 había terminado por abatir todos los elementos del texto original de la Constitución de 1980 que permitían calificarla de una Constitución autoritaria y no democrática. Finalmente y en tercer lugar, el presidente Ricardo Lagos deduciendo el contenido fundamental de su discurso y su decisión de estampar su firma en el texto refundido que incorporaba las reformas del 2005, entendía ontológicamente que se trataba de una nueva Constitución. Y que el texto refundido considerando las reformas constituía un texto histórico que superaba el problema "constitucional" del país.

A partir del año 2010, emergió en el país un debate desde sectores académicos, políticos y movimientos sociales demandando una asamblea constituyente para una nueva Constitución.

Un gran animador desde la academia y la política de este debate ha sido el profesor Fernando Atria, que como punto de partida de su tesis, fundamentando la necesidad de una nueva Constitución, y de que esta sea generada en una asamblea constituyente, ha formulado un cuestionamiento sustancial sobre la naturaleza y alcance de las reformas del año 2005, "Al promulgar la reforma constitucional de 2005, el Presidente Ricardo Lagos dijo que desde entonces la constitución pasaba a ser "un piso institucional compartido". Esta pretensión fracasó, hoy estamos de nuevo no solo hablando de reformas constitucionales sino que sobre una nueva Constitución.

La constatación de que la "Constitución de 2005" fracasó en su pretensión de superar el problema constitucional y hacer de la Constitución un "piso institucional compartido", no implica negar que ella fue un avance importante. No puede objetarse que se hayan eliminado los senadores designados o que el

Consejo de Seguridad Nacional haya quedado controlado por el poder civil, o que el Presidente de la República haya recuperado su facultad de destituir a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas. Decir que la Reforma de 2005 fracasó no es decir que todas y cada una de estas reformas fueron inútiles, inconducentes o "meramente cosméticas", lo que fracasó fue la interpretación del sentido de estas reformas: que ellas solucionaban el problema Constitucional"⁸⁹.

Por su parte la derecha más extrema⁹⁰, también cuestionó desde la antípoda político doctrinaria del profesor Atria, la naturaleza y el alcance de "nueva Constitución" que quiso darle el presidente Ricardo Lagos. Por boca de uno de sus líderes, el senador Andrés Chadwick señaló: "por muy importante que hayan sido las reformas, que hemos compartido y consensuado, sigue siendo la Constitución de 1980, se mantienen sus instituciones fundamentales, tal como salió de su matriz. Para que haya una nueva Constitución, se requiere de un proceso constituyente originario, no de un proceso de reformas"⁹¹.

Este debate es complejo, sin embargo muy relevante, y en el hecho a reemergido en el actual momento constitucional diez años después. La respuesta a si se trató o no de una nueva Constitución permite una aproximación jurídico-doctrinaria como en todos los temas constitucionales y una aproximación política: desde el punto de vista jurídico de la doctrina constitucional, concretamente, desde la mirada de que una "Nueva Constitución" solo puede ser aquella que emana del ejercicio del "poder constituyente originario" desde luego el texto refundido de la reforma de 2005 "no son una nueva Constitución" si no en la medida que fueron consensuadas en el parlamento y aprobadas por este y por consiguiente son el resultado del ejercicio del "poder constituyente derivado" que ejerció el Congreso nacional el 2005, debemos concluir que se trata de una

⁸⁹ Fernando Atria. Opúsculo, la constitución tramposa y la responsabilidad del jurista. En "Nueva Constitución y momento constitucional", compilación de monografías, editorial Thomson Reuters. p. 15.

⁹⁰ Desde la transición, la derecha chilena se ha expresado en dos partidos, renovación nacional, más proclive al diálogo, y la UDI más conservadora defensora y preservadora de la "obra" del gobierno militar.

⁹¹ Diario *EL Mercurio*, 21 de septiembre de 2005. Crónicas "denominación de la Constitución: abre debate entre juristas y parlamentarios.

reforma constitucional, sumamente relevante pero a fin de cuentas Reforma y no nueva Constitución.

Sin embargo desde una perspectiva político ontológica, analizando el contexto, y la naturaleza y alcance de las reformas introducidas el 2005, vinculada a las categorías de Lowenstein, es posible concluir que el planteamiento y la mirada del presidente Lagos, tenía sólidos fundamentos.

En el hecho, como se señaló, los pilares del edificio de la construcción institucional autoritaria fundada en la doctrina de la seguridad nacional del texto original de la Constitución de 1980, habían permanecido prácticamente incólumes hasta la Reforma del 2005. Salvo la eliminación del artículo 8 por la Reforma de 1989 que abatió el pluralismo restringido del texto original, desde un análisis ontológico de las reformas del 2005, se podría responder afirmativamente que se trata de una nueva Constitución. Si se tiene en cuenta que sus reformas realinearon el régimen político institucional chileno con las exigencias y los elementos de un Estado de derecho.

A saber, restablecieron plenamente el principio de la soberanía popular como fuente de generación de las autoridades electas del poder estatal, principio que estaba cuestionado por la existencia de Senadores designados. En segundo lugar, abatió la viga maestra del régimen político autoritario de la Constitución de 1980 que era el tutelaje militar sobre el régimen político, al restablecer la facultad del Presidente de la República de destituir a los Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas y modificar la naturaleza del Consejo de Seguridad Nacional, convirtiéndolo en un organismo asesor del Presidente de la República y controlado por el poder civil.

La conclusión de esto es que la naturaleza ontológica. y política del texto refundido firmado por el Presidente Lagos sobre las Reformas de 2005, era

esencialmente distinta a la del texto original de la Constitución de 1980 promulgada por el general Pinochet el 11 de septiembre de ese año.

De la Constitución semántica del texto promulgado por el general Pinochet de 1980, que no fue otra cosa que la formalización institucional del poder de facto que ostentaban las Fuerzas Armadas y al que habían accedido por la fuerza el 11 de septiembre de 1973, dictada en el ejercicio de un poder constituyente, originario, auto conferido e ilegítimo; que consagró un régimen político autoritario y no democrático, pasamos a un texto que consagraba un régimen político sobre los elementos de un Estado de derecho emanado del ejercicio del poder constituyente, derivado por parte de un Congreso nacional elegido democráticamente⁹², y que abatía los elementos autoritarios fundamentales; admitiendo que constituye una cuestión controvertida, si la permanencia después de la reforma del 2005, de los agravamientos para su reforma y el sistema de quóruns contramayoritarios para la reforma de las leyes orgánicas constitucionales, constituyen un “enclave autoritario” que desnaturaliza desde un punto de vista jurídico y político, la tesis de que la reforma del 2005 devolvió al país una Constitución democrática.

Por nuestra parte sostenemos, que la Reforma de 2005 consagró un texto que modificó de manera fundamental la naturaleza ontológica y el carácter de la Constitución Política chilena para decirlo desde las categorías de Lowestein. Desde la reforma del 2005, dejó de ser la Constitución semántica otorgada por Pinochet, y autoritaria en aspectos fundamentales del régimen político que consagraba, para convertirse en una Constitución democrática y normativa, aunque ciertamente perfectible.

En conclusión desde la perspectiva señalada, puede decirse, que el Presidente Ricardo Lagos tuvo fundamentos para señalar que las reformas de

⁹² Sostenemos que los presidentes de la República, los parlamentarios electos, desde 1989 a la fecha han sido y son autoridades legítimas, en cuanto han sido elegidas en elecciones democráticas más allá de las imperfecciones, algunas severas del sistema electoral público.

2005 constituían un paso histórico, consagraban una Constitución democrática, finalmente "una Nueva Constitución".

Esta perspectiva aparece aun como mas plausible, si miramos nuestra historia constitucional, y constatamos el modo en que se establecieron las dos Constituciones más importantes de la historia política y constitucional chilena, la de 1833 y la 1925. Ambas fueron producto de procesos constituyentes que se iniciaron explícitamente con el carácter de Reforma a la Constitución vigente, para culminar por la entidad de las modificaciones introducidas, como una nueva Constitución. La de 1833 se inició como proceso de reforma a la Constitución de 1828. Incluso el Presidente Prieto en el preámbulo del texto habla de “la reforma”. En el caso de la de 1925 se concibió originalmente como reforma a la Constitución de 1833. En el hecho el Presidente Alessandri presidió personalmente la Sub comisión de reforma de la Constitución.

Como ya se señaló en el capítulo pertinente, no obstante que el bando conservador gobernante, había triunfado por las armas en la Batalla de Lircay, se sometió al imperio de la Constitución de 1828 y concretamente el proceso constituyente que se puso en movimiento se enmarcó en lo dispuesto en el Artículo 133 de la Constitución de 1828 que establecía el mecanismo de su reforma. Concretamente, derivaba al Congreso que se eligiera en el año 1836 el poder constituyente para convocar una gran convención con el objeto de "reformular o adicionar esta Constitución". El gobierno de Prieto le dio juridicidad al impulso fáctico de reformar la Constitución, respetando el mecanismo del Artículo 133 de que el Congreso nacional convocara a una gran convención para reformar la Constitución, pero adelantando la fecha de 1836 por el procedimiento de decretar que los electores del Congreso que debía elegirse (ciudadanos con derechos a voto para elegir la Cámara de Diputados y asambleas provinciales para elegir el Senado), pudieran autorizar a los diputados y senadores que

eligieran, para anticipar la fecha en que debía reunirse la comisión constituyente, estampando en el acta de votación su voluntad en este sentido.

Manuel José Gandarillas al presentar y fundamentar el Proyecto de Ley de Convocatoria a la gran Convención en el parlamento, señaló "la Nación entera, manifestando su voluntad de que se reforme el código constitucional, confiriendo a sus representantes facultades para anticipar la Convención establecida con ese objeto para el año 1836...".

Finalmente, no obstante que el proceso constituyente in comento se inició como un proceso de Reforma a la Constitución de 1828 y puso en movimiento y otorgó al Congreso un "poder constituyente derivado" finalmente la envergadura de los cambios al régimen político consagrado por las reformas a la Constitución de 1828 dieron lugar a que el texto fuera establecido y se le diera el carácter de nueva Constitución, y rigiera durante 90 años como Constitución de 1833.

Del mismo modo, la Constitución de 1925, surgió de un proceso constituyente puesto en movimiento por el presidente Arturo Alessandri tras su regreso a Chile, en marzo de 1925, con el carácter de Reforma Constitucional destinada a reformar la Constitución de 1833 y con el propósito de poner término al seudo parlamentarismo.

El presidente Alessandri decretó la Constitución de una comisión consultiva que dio lugar a la formación de dos subcomisiones: una que prepararía el contenido de proyecto de reforma, y la otra, que propondría el mecanismo para aprobarla.

La que se denominó "subcomisión de reforma" fue presidida personalmente por el Presidente Arturo Alessandri. La Sub comisión de Reforma finalmente produjo un texto que fue sometido a plebiscito, junto a un proyecto disidente que propugnaba la mantención del parlamentarismo. "En el epígrafe de la Constitución política de 1925 se hace referencia a que en el plebiscito del 30

de agosto ese año "se ha acordado reformar la Constitución política promulgada el 25 de mayo de 1833 y sus modificaciones posteriores", lo que si bien coincide con lo sostenido en la etapa de su elaboración, no corresponde con la creciente estimación de que se trataba de una nueva Carta Fundamental"⁹³.

Como se señala en la cita precedente, la Constitución de 1925 emergió producto de un proceso que se implementó como reforma a la Constitución de 1833 sin embargo, la envergadura de las modificaciones al régimen político que consagraba la Carta de 1833, dieron lugar a que finalmente se consolidara el texto de la Reforma como una nueva Constitución que sería la Constitución de 1925 que rigió hasta 1973.

El hecho de haber sido plebiscitada por supuesto refuerza el hecho de que se hablara con propiedad de una nueva Constitución política, la Constitución de 1925.

Volviendo a la controversia política y jurídica sobre si las reformas del 2005 dieron lugar a una "Nueva Constitución"; tal vez junto a los argumentos señalados el planteamiento formulado por el Presidente Ricardo Lagos se hubiera visto reafirmado si el texto refundido de la reforma de 2005 hubiera sido plebiscitado como ocurrió con la reforma de 1989.

Otras Reformas a la Constitución de 1980.

Junto a las 54 Reformas de 1989 que comportaron un pacto constitucional entre la oposición democrática al gobierno militar y éste, que permitió abrir mínimos espacios constitucionales para ser posible el inicio de la transición a la democracia, y las 58 reformas del 2005 que abatieron los enclaves autoritarios que sobrevivían en la Constitución de 1980, se han verificado un sinnúmero de otras reformas de menor importancia a la Constitución política de 1980. Salvo dos que sin tener la relevancia para el proceso de transición y la democratización

⁹³ Carrasco Sergio, Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos, editorial jurídica de Chile, 2002, p.158.

del régimen político que tuvieron las reformas de 1989 y 2005 merecen una mención:

La reforma al capítulo 13 de la Constitución que permitió democratizar los municipios y reestablecer la elección democrática de los Alcaldes y los consejos municipales el año 1992 (hasta entonces las autoridades locales eran designadas).

Del mismo modo esta reforma al capítulo 13 permitió a la consagración de la ley orgánica del gobierno local y administración regional que instauró en un paso en la dirección de una mejor distribución territorial del poder político la instalación de los gobiernos regionales, con personería jurídica, financiamiento, y competencia resolutive, normativa y fiscalizadora.

Merece también una mención la reforma que estableció la inscripción automática en los registros electorales y el voto voluntario, mas alla del hecho de que no pocos consideramos que constituyó un error y un retroceso.

También en el plano de lo relacionado con el sistema electoral público la reforma que otorgó derecho a voto de los chilenos que viven en el exterior y finalmente la reciente reforma que modificó el sistema electoral binominal.

TERCERA PARTE.

EL MOMENTO CONSTITUCIONAL CHILENO EL 2015

INTRODUCCIÓN.

Nos proponemos examinar el momento constitucional actual, caracterizado por un debate abierto sobre la elaboración de una Nueva Constitución, que ha adquirido gran intensidad en ámbitos políticos, académicos y sectores ciudadanos, y que ha adoptado el carácter de una política pública anunciada por el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet.

En efecto, del mismo modo que en 1831 lo hizo el Presidente Prieto, después de su elección, luego del triunfo conservador en la batalla de Lircay, que lo hizo el Presidente Arturo Alessandri en 1925, después de la crisis político institucional que culminó con la intervención de las Fuerzas Armadas, su exilio y posterior regreso para reasumir el mando de la nación, y lo hizo, en fin, el General Pinochet en 1980 después de haber tomado el poder por las armas y haberse autoconcedido el poder constituyente originario; la Presidenta Bachelet, ha anunciado formalmente el inicio de un “proceso constituyente”, destinado a elaborar una Nueva Constitución.⁹⁴

La Presidenta Bachelet, junto con el anuncio de inicio del “proceso constituyente”, ha anunciado un itinerario procedimental, que sin embargo no contiene definiciones ni sobre los contenidos que su gobierno pretende impulsar para la Nueva Constitución, ni sobre el modo o mecanismo en que el poder constituyente debería expresarse para la elaboración y aprobación de la Nueva Constitución.

⁹⁴ Es bueno recordar sin embargo, a efectos del análisis pertinente, que tanto el proceso iniciado por Prieto en 1833 y Alessandri en 1925, se plantearon como objetivo de modo explícito, la “reforma a la constitución”, no obstante que finalmente dieron lugar a una “nueva constitución” que reemplazó a la anterior, la de 1833 a la de 1828 y la de 1925 a la de 1833.

Esta falta de definición del liderazgo político sobre el contenido de una Nueva Constitución y el mecanismo de su elaboración y aprobación, ha abierto paso desde mi punto de vista a una discusión “sistemáticamente desenfocada o irracional, incapaz de pasar de las etiquetas, los eslóganes y las palabras”⁹⁵.

En efecto se ha abierto un “proceso constituyente” atravesado por severas paradojas. En primer lugar, no existe una definición conceptual desde el punto de vista político y jurídico que explique la diferencia entre una reforma constitucional y la elaboración de una Nueva Constitución, en el proceso que se ha puesto en marcha. La formulación programática de que se hará una Nueva Constitución, por una parte y de que ésta se elaborará por un procedimiento “participativo, democrático e institucional”, instala por otra parte el proceso en la inevitable tensión, sin resolverla, entre el principio del poder constituyente que debe ejercer el pueblo como titular de la soberanía, en un proceso destinado a elaborar una Nueva Constitución, y el principio de la supremacía de la constitución y el imperio de ley al que el proceso estará inevitablemente referido, si se parte de una definición de que transcurrirá por cauces institucionales. En la situación específica, sometido a las reglas de reforma a la Constitución establecidas en el Capítulo XV de la Constitución Política vigente. No existe proposición de solución de este problema.

Ello ha implicado que el “proceso constituyente” se inicie atravesado por múltiples controversias de orden político y jurídico alrededor de sus ejes esenciales.

¿Es necesaria una nueva constitución o una reforma a la constitución?

¿Cómo resolver la tensión entre la voluntad del soberano puesta en movimiento para ejercer su derecho a materializar mutaciones profundas en la Carta Fundamental y en el caso específico, hacerlo en un marco institucional que

⁹⁵ Atria, Fernando. "Opúsculo Sobre el Problema Constitucional y el Mecanismo Idóneo y Pertinente". En *La Solución Constitucional*, Editorial Catalonia, 2015, p. 69.

comporta restricciones extremadamente severas para abrir cauce a estos cambios. (Capítulo XV sobre la reforma a la Constitución.)?

En caso de construirse un consenso político suficiente, de abrir paso a la expresión del poder constituyente originario (caso proceso constituyente Colombiano) que es la condición para la elaboración de una Nueva Constitución. ¿Cuál sería el mecanismo? ¿Cuál sería la “participación ciudadana realmente incidente” que ha comprometido la Presidenta de la República? ¿Estamos hablando de formas de democracia directa vinculantes? ¿Cuáles? ¿Cómo operaría el principio de la representación? ¿Asamblea Constituyente? ¿Congreso Nacional con poderes constituyentes?

La paradoja del “momento constitucional” chileno que nos proponemos analizar, es que este se ha puesto en movimiento por el Gobierno y la Presidenta de la República sin definir con claridad el contenido del cambio constitucional, y sin definir ninguna de las disyuntivas cruciales señaladas, de orden jurídico y político, que el proceso abre y plantea.

Ello ha dado lugar a un debate constitucional sin eje claro, en el marco del cual aparecen diferencias no despreciables en el propio bloque político que sustenta al gobierno y que ha tendido a centrarse de modo predominante en el mecanismo para la elaboración de una Nueva Constitución y a polarizar una discusión que atraviesa a la propia Coalición de Gobierno, sobre “asamblea constituyente” si o no, sin abordar respuestas a las cuestiones cruciales planteadas y no resueltas sobre el puerto de llegada y el camino a recorrer para un cambio constitucional que en todo caso una amplia mayoría estima como necesario.

CAPÍTULO PRIMERO.

ANTECEDENTES DEL PROCESO Y CARACTERÍSTICAS DEL MOMENTO CONSTITUCIONAL CHILENO EN CURSO EL 2015.

Como se señaló a propósito de la reforma de 2005, se desató una gran controversia sobre la naturaleza del cambio constitucional que ella había implicado. El presidente Ricardo Lagos propuso que se trataba de una nueva Constitución que "resolvía el problema constitucional en el país".

Sin embargo, no obstante que a nuestro juicio la reforma de 2005 terminó por abatir los elementos no democráticos y autoritarios que había consagrado el texto original de la Constitución de 1980; a partir de 2010, coincidiendo con la alternancia en el Gobierno del país, al asumir un Presidente de centro derecha, Sebastián Piñera, se generó un contexto de fuertes movilizaciones sociales, particularmente reclamando contra el lucro, y por los costos y la calidad de la educación, movilizaciones que adquirieron gran envergadura y que pusieron en cuestión dos elementos asociados a la institucionalidad de la Constitución Política .

Por una parte, la orientación extremadamente liberal del orden público económico consagrado en la Constitución Política, particularmente, la instalación de la salud y especialmente la educación como un bien de consumo entregado al mercado, con un fuerte menoscabo del rol del Estado en cuanto garante y protector de estos derechos.

En otro aspecto, la fuerte presión social que se despliega a partir del año 2011, apunta a cuestionar las trabas que el sistema institucional consagraba, por la vía de establecer un severo sistema de quóruns contra mayoritarios, para aprobar reformas legales relevantes o reformas constitucionales. Ello constituía un sistema de "cerrojos", que impedía que una clara mayoría, social y política, partidaria del paradigma de la educación y la salud como derechos que deben ser

garantizados y protegidos por el Estado, en lugar de un bien de consumo entregado al mercado, pudiera materializarse.

Esta demanda social que se expresa en grandes movilizaciones en el curso del año 2011, concita un respaldo político y una adhesión ciudadana muy mayoritaria y se va orientando tras la tesis política de que, poder avanzar en este reclamo, suponía como condición, eliminar la barrera infranqueable a cambios propiciados por la mayoría, que constituía la Constitución y sus “cerrojos”. De este modo se instala la demanda de una Nueva Constitución.

La política de impulsar una Nueva Constitución, a partir del contexto señalado, tiene como antecedentes fundamentales, en que es adoptada por dos actores políticos diversos, que explican las complejidades y perspectivas del momento constitucional actual.

Por una parte, surge un movimiento asociado a los sectores sociales movilizados a partir del 2011, particularmente vinculados al movimiento estudiantil y a sectores políticos de izquierda, que toma forma, levantando la demanda política de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, para la elaboración de una Nueva Constitución.

Por otra parte, la Candidatura Presidencial de Michel Bachelet de cara a la Elección Presidencial de 2013, que ensancha la coalición de centro izquierda que había gobernado al país desde la Transición desde 1990 hasta 2010, incorporando al Partido Comunista y algunos líderes que habían emergido de las movilizaciones sociales de 2011 y a otros grupos de izquierda, asume como un objetivo central de su Programa la elaboración de una Nueva Constitución.

Esto hace a la complejidad y a las interrogantes abiertas sobre el proceso constituyente en curso.

En el hecho el Movimiento por la Asamblea Constituyente, tiene una aproximación epistemológica inevitablemente distinta a la del Programa de la Presidenta Bachelet, en relación a la Nueva Constitución.

La opción del Movimiento por la Asamblea Constituyente se fundamenta en un cuestionamiento radical de la legitimidad de la Constitución Política y como consecuencia de ello, en un cuestionamiento de la legitimidad de las instituciones, incluido el Parlamento generado bajo su vigencia. De ello se deriva en este movimiento, una mirada predominante, en el sentido de concebir la Asamblea Constituyente como un mecanismo que pondría en movimiento el poder constituyente originario, privilegiando los mecanismos de democracia directa por sobre la representación.

Asociado a lo anterior, han expresado una concepción de Asamblea Constituyente, poniendo énfasis en la participación vinculante de la ciudadanía en su gestación, por sobre el mecanismo de la representación y con una descalificación explícita del Parlamento como sede con legitimidad para llevar adelante un proceso de elaboración de una Nueva Constitución

Obviamente, el Gobierno y la Coalición Gobernante (la Presidenta de la República y las Bancadas Parlamentarias que sustentan al Gobierno), no podrían sostener una ilegitimidad radical de la Constitución vigente, sin admitir como consecuencia de ello la ilegitimidad de su propio mandato y ejercicio.

Como se ha señalado, el Gobierno ha puesto en movimiento un "proceso constituyente" sin explicitar cuáles son los cambios que busca consagrar en una Nueva Constitución.

Indagar sobre los contornos de la política del Gobierno, para poner en movimiento un proceso que culmine en una Nueva Constitución, nos remite al

documento: "Bases de la Nueva Constitución para Chile"⁹⁶. Señala este documento:

"El diagnóstico compartido por todos los integrantes del Equipo Programático Constitucional es que buena parte de las propuestas del Gobierno de Bachelet⁹⁷ no pudieron lograrse por las barreras institucionales y jurídicas que impone la Constitución que está actualmente vigente en Chile".

En otra parte el documento indica: "El déficit democrático y la imposición ideológica de la Constitución de 1980-2005 en su origen y en el contenido normativo que constituye, así como en la deficiencia y falta de representatividad de su arreglo institucional, nos exige, como sociedad democrática, plural y deliberante, un análisis prospectivo y constitucional que arribe a identificar las bases de una Nueva Constitución. La treintena de reformas constitucionales introducidas a la Constitución de 1980, que permiten hoy hablar de Constitución 1980-2005, introduce un factor de legitimidad muy parcial a la Carta que está forzado por una transición, eminentemente pactada y plagada de cerrojos institucionales y por ende son reflejos de un falso proceso constitucional. Luego la distinción clásica entre legitimidad de origen y de ejercicio, no debe ser usada para legitimar la Constitución vigente, la que sigue teniendo un déficit de legitimidad al ser fruto de la imposición de un régimen autoritario.

En efecto, el diseño Constitucional que nos rige, impide el ejercicio efectivo de la soberanía por parte del pueblo, bajo el pretexto de una "soberanía de la Constitución", que hace imposible que la mayoría prevalezca a la hora de decidir acerca de los asuntos públicos más fundamentales".

⁹⁶ Documento elaborado por el equipo programático constitucional del comando de la candidatura presidencial de Michelle Bachelet.

⁹⁷ Se refiere al primer gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010).

Desglosando los planteamientos del Equipo Programático Constitucional de Michelle Bachelet, se podría concluir que plantea la opción programática de una Nueva Constitución en los siguientes fundamentos:

Que la actual Constitución impide el ejercicio de la soberanía, es imposible que la mayoría pueda prevalecer a la hora de decidir acerca de los asuntos públicos más fundamentales. (En el hecho asume la tesis de los "cerrojos" que examinaremos más adelante.) Desde esta perspectiva una Nueva Constitución que reemplace a la actual, sería una condición indispensable de que las mayorías puedan expresarse y propiciar con éxito cambios en los asuntos públicos fundamentales que el país está reclamando y comprometidos en el Programa de Gobierno.

En segundo lugar, se fundamenta en la perspectiva de que la Constitución de 1980 adolece de un déficit de legitimidad que no ha sido salvado por las sucesivas reformas que ha aprobado el Parlamento a su texto original desde 1989 en adelante. Ni por las 54 Reformas plebiscitadas en 1989; ni por las reformas ya analizadas efectuadas bajo el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos el 2005. A juicio de los redactores del documento "introduce un factor de legitimidad muy parcial a la Carta".

Sobre estos fundamentos se plantea por la candidatura de Michelle Bachelet el objetivo de una Nueva Constitución. El documento programático, propone como orden paradigmático de la nueva institucionalidad, un Estado social y democrático de derecho.

"El Estado de derecho es una forma jurídica-política de Estado que surge con las grandes revoluciones francesa y norteamericana del siglo XVIII y que actualiza el viejo ideal del Gobierno de la Ley, forma estatal en que el principio de legalidad se convierte en la medida de toda autoridad legítima y además en un límite en el ejercicio del poder, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales.

De este modo, el Estado de derecho es una creación del liberalismo, que en el siglo XX es complementada y superada por el Estado social y democrático de derecho, que surge en el período de entreguerras como una teorización social demócrata y que después de la Segunda Guerra Mundial se convierte paulatinamente en una fórmula de compromiso plural en lo ideológico, y fundacional del Estado en las democracias contemporáneas. El Estado social y democrático de derecho complementa el Estado liberal ya que preserva el principio de legalidad, pero le impone al Estado un conjunto de cometidos en relación a las personas, a la sociedad civil y a la economía; superando un estado gendarme o mínimo para reconocer un estado de bienestar que procura la salvaguarda de derechos económicos, sociales, y culturales reflejo de necesidades públicas impostergables tales como educación, salud, renta básica, trabajo, sindicación, descanso, previsión social, vivienda, entre otros".

La amplitud con amplios grados de heterogeneidad de la coalición de centroizquierda que sustentó la candidatura Presidencial de Michelle Bachelet, y que hoy sustenta su Gobierno, se tradujo en la existencia de diferencias importantes sobre la naturaleza, alcance y procedimientos del cambio constitucional. Estas diferencias atravesaron incluso al Partido de la Presidenta.

98

La opción de Michelle Bachelet, fue no dirimir las importantes diferencias dentro de su coalición en el crucial punto del cambio constitucional propuesto, y se resolvió por una propuesta programática líquida, consistente en la fórmula de proponer una Nueva Constitución, que se elaboraría mediante un procedimiento "democrático, participativo e institucional".

⁹⁸ La reacción del Senador Camilo Escalona, Ex Presidente del Senado y uno de los principales líderes del Partido Socialista, Partido de la Presidenta, cuando reaccionando al debate impulsado por los movimientos sociales y secundado por sectores políticos de izquierda para convocar a una Asamblea Constituyente, declara en una entrevista "No nos pongamos a fumar opio" 1 (Entrevista Diario *La Tercera* 1° septiembre 2012). La reacción y el contrapunto vino de sus propias filas en boca del Catedrático de Derecho Constitucional Fernando Atria, militante del Partido Socialista, que calificó en el Diario Electrónico *El Mostrador*, las declaraciones del Senador Escalona como "miopes").

Entre marzo de 2014 que se inicia el mandato de la Presidenta Bachelet y mayo de 2015 en que entrega su Mensaje Anual al Congreso Pleno dando cuenta de su gestión, el momento constituyente continua marcado por la controversia al interior de la centroizquierda que sustenta al Gobierno, por la espera, a que la Presidenta defina el itinerario del “proceso constituyente” y los aspectos sustantivos de la Nueva Constitución que propugna.

El discurso de su mensaje anual del mes de mayo ante el Congreso Pleno (ambas Cámaras reunidas en conjunto) introduce dos elementos de lo que he llamado las paradojas del momento constitucional chileno.

En primer lugar da cuenta de la aprobación en el primer año de su Gobierno, de tres reformas estructurales profundas, que califica de históricas, y efectivamente lo son.

La reforma que pone fin al lucro en la educación básica y media, y garantiza la inclusión y universalidad del acceso con gratuidad.

La reforma tributaria, recaudadora y redistributiva que eleva el impuesto a las utilidades de las empresas al 25 %⁹⁹.

Finalmente da cuenta de la aprobación de la reforma electoral, que estableció un sistema de representación proporcional y puso fin al sistema electoral binominal heredado del Gobierno Militar.

“Hemos hecho reformas históricas de las que hoy daré cuenta. Promulgamos leyes largamente esperadas, ejecutamos nuestros programas y presupuestos.”¹⁰⁰

“En educación, en materia de inclusión, porque uno de los pasos más importantes que dimos en ese sentido fue la aprobación precisamente de la ley de

⁹⁹ Un informe del Banco Mundial de Octubre – 2015 establece que el 73% de la recaudación de la reforma tributaria provendrá del 0,1 % de chilenos con mayores ingresos.

¹⁰⁰ Discurso Cuenta Pública ante el Congreso Pleno de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, 21 de mayo de 2015.

inclusión, que termina con el lucro y la selección en los colegios que reciben fondos públicos. Y esto significa una sola cosa: cada chileno y chilena tendrá la certeza de que el dinero público no será para hacer negocios, sino que irá íntegramente a mejorar la educación que reciben los estudiantes de Chile.”¹⁰¹

“Este era el horizonte que teníamos en mente también, cuando propusimos una reforma tributaria que se aprobó en corto tiempo y que además de generar mayor equidad en el pago de impuestos, nos permitirá contar gradualmente con valiosos recursos para ir construyendo la educación del mañana”¹⁰²

“Queridos compatriotas, estas reformas estructurales en lo social y en lo económico que comprometí al país, se complementan con una transformación de fondo en lo político. Esta transformación ha tenido como consecuencia un cambio que es sin duda el más significativo en los últimos veinte años: la eliminación del sistema electoral binominal, que fue una larga y negativa herencia de la dictadura, que por fin quedó atrás. Ha sido un paso histórico y celebro que nuestra democracia devuelva hoy fortalecido y sin trucos el poder del sufragio a cada chileno y chilena.”¹⁰³

Las reformas estructurales históricas al decir de la Presidenta, aprobadas en el primer año de su mandato y de las que con justificada satisfacción informa en su discurso, desdibujan en los hechos por decir lo menos, el argumento planteado en su Comisión Programática para fundamentar la necesidad de una Nueva Constitución cuando señalan que; “El diseño constitucional que nos rige, impide el ejercicio efectivo de la soberanía” y “hace imposible que la mayoría prevalezca a la hora de decidir de los asuntos públicos más fundamentales.”

Esta fundamentación para postular una Nueva Constitución, tan categóricamente desmentida por los hechos, no anula a nuestro juicio, como lo

¹⁰¹ Ibídem.

¹⁰² Ibídem.

¹⁰³ Ibídem.

analizaremos más adelante, la validez del postulado de que el cambio constitucional que se requiere, se verifique por la vía de elaborar una Nueva Constitución. El problema radica a nuestro entender que ese tipo de fundamentación, comporta una aproximación al tema del cambio constitucional, que, aunque no se explicita de ese modo, es concebido como la materialización de una nueva hegemonía mayoritaria que se impone a una minoría recalcitrante, empeñada en mantener un statu quo ilegítimo.

En el mismo discurso la Presidenta anuncia el inicio del “proceso constituyente”.

“Esta tarea política que hemos comprometido contempla igualmente un proceso que nos guíe hacia una Nueva Constitución. Porque la confianza cívica que necesitamos renovada, tendrá su culminación y su sustento en una nueva carta fundamental democrática, legítima y actualizada. La que hoy nos rige no favorece el encuentro de los chilenos ni es la base que requerimos para avanzar hacia el futuro como un país moderno, necesitamos una Nueva Constitución. La demanda ciudadana es clara y mi compromiso es firme.

Anuncié que en septiembre iniciaremos un proceso constituyente abierto a la ciudadanía, porque la legitimidad de la Constitución es tan importante como su contenido. La Constitución es para todos y por eso todos deben participar en su diseño y aprobación.

Por eso llevaremos adelante un proceso constituyente que garantice un equilibrio adecuado entre una participación ciudadana realmente incidente y un momento institucional legítimo y confiable”.

El discurso pronunciado el 21 de mayo de 2015 anunció para septiembre el inicio del “proceso constituyente.”

En el hecho el anuncio Presidencial se postergó y el 13 de octubre recién pasado, por cadena nacional de radio y T.V., la Presidenta Michelle Bachelet anunció el tan esperado itinerario del proceso constituyente.

La Presidenta contra lo que muchos pensaban y esperaban, no formuló lineamientos ni contenidos sobre la Nueva Constitución. Tampoco propuso un procedimiento para la elaboración de la Nueva Constitución.

En el hecho propuso un itinerario para el “proceso constituyente” que comporta los siguientes hitos.

1.- Entre octubre del 2015 y marzo del 2016 habrá una etapa de educación cívica y constitucional.

2.- A partir de marzo del 2016 habrá un proceso de diálogos ciudadanos donde todos puedan participar.

3.- El resultado de los diálogos serán las “Bases ciudadanas para la Nueva Constitución” que estarán finiquitadas en octubre del 2016.

4.- A partir de las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución, el Gobierno elaborará un proyecto de Nueva Constitución, que será presentado al Congreso el segundo semestre del año 2017.

5.- A fines del 2016 el Gobierno enviará un proyecto de reforma Constitucional para que por dos tercios de sus miembros, consagre un mecanismo de discusión y aprobación de una Nueva Constitución.

6.- La reforma propondrá que el actual Congreso habilite al próximo para que decida sobre cuatro mecanismos posibles de discusión y aprobación de una Nueva Constitución; Una Comisión bicameral de Senadores y Diputados; Una Convención Constituyente mixta integrada por parlamentarios y ciudadanos; La convocatoria a una Asamblea Constituyente, o; que el Congreso pueda convocar

un plebiscito en que la ciudadanía se pronuncie entre las tres alternativas anteriores.

7.- La decisión del mecanismo recaerá en el nuevo parlamento elegido el 2017. Se propondrá que la decisión sobre el mecanismo pueda ser tomada por un quorum de tres quintos. En rigor esta es la esencia de la reforma Constitucional que se enviará al parlamento actual.

De este modo quedó abierto el "proceso constituyente" destinado a discutir y aprobar una Nueva Constitución.

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE Y DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN.

El proceso "Constituyente chileno", al que ha dado inicio la Presidenta Michelle Bachelet y que debería culminar después del año 2017 con una Nueva Constitución, como se señaló está atravesado desde nuestro punto de vista por indefiniciones sobre aspectos sustanciales, paradojas, y a nuestro juicio, incertidumbres no despreciables sobre su desarrollo y su conclusión en el objetivo de una Nueva Constitución después del año 2017.

Desde luego, un sector de la comunidad suficientemente representativo (la oposición al Gobierno) cuyo concurso para poner en movimiento el itinerario del proceso constituyente anunciado por la Presidenta, es indispensable, no es partidario de una Nueva Constitución y ha expresado formalmente su mirada de que los cambios constitucionales que puedan considerarse necesarios deben ser implementados por la vía de la Reforma a la Constitución conforme a las reglas para estos efectos consagrada en el Capítulo XV de esta.

Por otra parte, es inocultable que al interior de la coalición de Gobierno existen diferencias importantes en relación a los alcances y particularmente al

modo en que debería ponerse en movimiento el poder constituyente con el propósito de discutir y aprobar una Nueva Constitución Política.

Las diferencias en esta materia no fueron saldadas por la Presidenta de la República, como lo veremos más adelante, en el itinerario presentado para el desarrollo del "proceso constituyente".

A efectos de establecer y analizar los ejes abiertos en el debate del "proceso constituyente" y entregar finalmente nuestra propia mirada, partiremos del análisis del concepto de "poder constituyente" y las complejidades que tiene en el Derecho Constitucional el tema de la "Reforma a la Constitución".

1.-El concepto de poder constituyente

"El poder constituyente es en principio, aunque no solo, un poder político existencial y fáctico, que brota de la comunidad, la que decide darse una Constitución, constituir un Estado o que asume transformar o sustituir el estatus quo imperante".¹⁰⁴

En una primera aproximación puede sostenerse que poder constituyente es aquel que establece una Constitución. En una segunda aproximación más elaborada podemos señalar con Lucas Verdú que poder constituyente es "la voluntad originaria extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política"¹⁰⁵.

En la doctrina existe una sola mirada en relación al poder constituyente, en el sentido que, conforme al principio de la soberanía popular, su titularidad corresponde al pueblo.

Hay dos grandes miradas, no obstante, cuando se habla de poder constituyente, acerca de la forma en que el pueblo soberano debe materialmente

¹⁰⁴ Cardenas, Jaime. *Proceso Constituyente y Constitución*. p. 135.

¹⁰⁵ Cumplido, Francisco; Nogeria Humberto. *Teoría de la Constitución*. Volumen 1, p.78.

ejercer su derecho y ejercitar la soberanía. Sobre este punto hay dos grandes modelos para concebir la forma en que debe ejercerse el poder constituyente. El del constitucionalismo americano y el del constitucionalismo europeo.

En la concepción norteamericana del constitucionalismo, el ejercicio del poder constituyente, comporta y supone siempre la participación directa del pueblo. Esta concepción derivada de la experiencia histórica de los colonos puritanos que pactaron su organización política procediendo a redactar los "covenants", que tuvieron el carácter de contratos sociales acordados directamente por los colonos, que fijaban las normas de organización y funcionamiento de la comunidad. Lo que singulariza el concepto constitucional norteamericano más que la raíz contractual que caracteriza la forma en que se ejerce el poder constituyente es, de que éste debe ejercerse directamente.

La escuela del constitucionalismo europeo sobre el modo de ejercerse el poder constituyente tiene su raíz en las tesis de Sieyes en el curso de la Revolución Francesa.

Sieyes sustituye el concepto de soberanía del pueblo por soberanía de la Nación. A partir del cual introduce el principio de la representación como forma en que se ejerce el poder constituyente. Al establecerse a un ente metafísico, la Nación, como titular del poder constituyente, no existe otra forma de que este pueda ponerse en movimiento, expresarse sino mediante el principio de la representación.

"Forma parte de la lógica del Estado constitucional, y así se entendió tanto en el proceso revolucionario norteamericano como en el francés que, una vez aprobada la constitución, el poder constituyente desaparezca, cediendo su lugar a la propia norma por él creada. Todos los poderes del Estado pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución se figura como Ley Suprema. Es esta lógica comúnmente aceptada en el plano de la teoría, la que, no obstante, se verá

seriamente afectada, cuando no contradicha, en el plano de la realidad, en la medida que las tesis de Sieyes se explotan políticamente hasta sus últimas consecuencias"¹⁰⁶.

El poder constituyente, en conclusión, el poder del pueblo soberano, puesto en movimiento sin referencia a ninguna legalidad ni potestad anterior, con el propósito de crear un orden político nuevo.

2.-Características del poder constituyente

De los conceptos señalados pueden deducirse las siguientes características del Poder Constituyente.

a) Es un poder originario. No deviene de ninguna potestad previa, pues nace directamente de la comunidad humana, de la sociedad.

b) Es un poder extraordinario. Que no se ejerce de modo permanente ni regular. Que actúa poniéndose en movimiento de modo extraordinario cuando el soberano lo ejerce para que la comunidad se dé una Constitución o bien para cambiarla. Es un poder pleno y absoluto en cuanto no reconoce límites ni está subordinado a ninguna otra potestad. No obstante, en la práctica del Constitucionalismo moderno, en su ejercicio, del poder constituyente, debe reconocer los derechos humanos fundamentales y en algunos casos normas y principios de derecho internacional.

En cuanto al carácter absoluto y sin limitaciones del poder constituyente como se señaló bajo los principios del constitucionalismo democrático el poder constituyente encuentra un límite en cuanto a su deber de reconocer los derechos humanos propiciando su garantía y protección.

Del mismo modo el desarrollo del Derecho Internacional y diversos Tratados y Convenciones que establecen qué normativa que los Estados deben

¹⁰⁶ De Vega, Pedro. *La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, 1985, p.35.

alinearse con su derecho interno, constituye también un límite al poder constituyente.

3.-Poder Constituyente originario y Poder constituyente derivado

Poder Constituyente originario

El poder constituyente originario es aquel que se ejerce por primera vez dando origen a un ordenamiento político. Es aquel que crea la primera Constitución de un Estado. El poder constituyente originario se ejerce normalmente para formar un Estado dictando la primera Constitución, por ejemplo, una Nación que adquiere su independencia descolonizándose.

También el poder constituyente originario es aquel que se ejerce aunque se trate de un Estado que ya tenía una Constitución, cuando producto de un cambio radical (una revolución) este se pone en movimiento en ruptura con la Constitución anterior, dictando una nueva Constitución sin utilizar los procedimientos para dictarla consagrados en la Constitución anterior.

El poder constituyente originario encuentra su legitimidad en cuanto expresa la voluntad de la comunidad para darse un orden político en el ejercicio de la soberanía.

La reforma a la Constitución y el Poder Constituyente derivado

El poder constituyente derivado es aquel establecido por la propia Constitución y se pone en movimiento cuando se trata de reformarla. Encuentra su legitimidad en la propia Constitución y debe ejercerse conforme a las reglas y procedimientos y límites establecidos por la propia Constitución que lo ha consagrado.

Los límites para el ejercicio del poder constituyente derivado fuera de aquellos que también son propios del poder constituyente originario como los Derechos humanos y el derecho internacional, normalmente dicen relación con los procedimientos, con los quorum requeridos y a veces con el tiempo que pueden ejercerse (por ejemplo la Constitución chilena de 1828 que consagraba el poder constituyente derivado para ser reformada al Congreso Nacional, sin embargo, este no podía operar sino hasta 8 años después).

En síntesis el poder constituyente derivado es un poder esencialmente limitado por la Constitución que lo ha instituido.

Hay tratadistas como Zagrebelsky que sostienen que el poder de revisión constitucional no es el poder constituyente y se trata de un poder constituido, aun cuando se trate de "un poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual"¹⁰⁷.

4.-Nueva Constitución o Reforma Constitucional

A efectos del análisis de la naturaleza jurídica y ciertamente política del "proceso constituyente" que se ha puesto en movimiento en Chile por la Presidenta Bachelet, estableceremos los términos de referencia conceptuales desde el punto de vista de la doctrina constitucional y lo que singulariza a un proceso constituyente destinado a dictar una Nueva Constitución y lo que caracteriza el ejercicio del poder constituyente derivado en un proceso destinado a reformar la Constitución.

Como ya se ha señalado, una Nueva Constitución es una norma cuya característica fundamental es emanar del ejercicio del poder constituyente originario puesto en movimiento, con todos los elementos que lo singularizan. Se pone en movimiento el ejercicio de la soberanía popular.

¹⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo. "La Constitución y sus normas". Citado por Cumplido Nogueira en *Teoría de la Constitución*, volumen 1, p. 81.

Podemos distinguir tres situaciones en que un proceso constituyente apunta a la dictación de una Nueva Constitución: a) cuando la comunidad en el ejercicio de la soberanía ejerce el poder constituyente para dictar una primera Constitución. Esto es para organizar la comunidad política y el Estado por primera vez por ejemplo una Nación recientemente descolonizada; b) después de una revolución cuando este se pone en movimiento para transformar o sustituir el estatus quo imperante dictando una nueva Constitución; c) Existe una tercera opción de abrir un proceso constituyente hacia una nueva Constitución distinta a las dos anteriores, consistente en la construcción de un amplio consenso de la comunidad, en un contexto de crisis en orden a establecer un nuevo acuerdo político que modifique radicalmente las bases de la institucionalidad consagrada en una Constitución vigente, abriendo paso a un proceso constituyente que dicte una nueva Constitución.¹⁰⁸

La nueva Constitución, no se dicta en un estado naciente, ni es consecuencia de una revolución, si no, arranca de un amplio consenso de suscribir un nuevo contrato y poner en movimiento el poder constituyente originario para la elaboración de una nueva Constitución.

5.-La Reforma Constitucional

La Reforma Constitucional como institución del constitucionalismo se funda en el principio del poder constituyente derivado. Una vez ejercido el poder

¹⁰⁸ Un ejemplo de proceso constituyente para una nueva Constitución como la que estamos señalando lo encontramos en el proceso constituyente de Colombia que culminó con la Nueva Constitución de 1991. En un contexto caracterizado por la obsolescencia de la Constitución vigente que databa de 1886, y una aguda y prolongada crisis política, donde la fuerza pública estatal estaba ampliamente sobrepasada por la violencia de grupos armados anti sistémicos, sumado a la esperanza que generó la paz firmada en ese entonces, con el grupo guerrillero M19, generaron las condiciones para que el Presidente de la República Virgilio Barco, propusiera iniciar un proceso para una reforma total de la Constitución. La oposición prestó su acuerdo a la iniciativa del cambio constitucional, firmándose un acuerdo entre el ex Presidente Andrés Pastrana, dirigente del Partido Conservador con el Presidente Barco, para iniciar el proceso de cambio constitucional. Paralelo al ancho consenso expresado en el acuerdo Barco-Pastrana se desarrolló a nivel social una amplia movilización por una nueva Constitución, abriendo paso a lo que Ackerman llama un "momento constitucional". En las elecciones parlamentarias de marzo de 1990 se instaló una urna para una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente. La Corte de Suprema de Justicia avaló el resultado ampliamente favorable a esta opción y en las elecciones presidenciales de mayo de 1990 se consultó sobre la convocatoria a una asamblea constituyente, resultando aprobada por más del 86% de los electores. El 9 de diciembre de 1990 se convocó a elecciones que eligió la Asamblea Nacional Constituyente la cual dictó la Nueva Constitución de 1991.

constituyente originario pasa a ser poder constituido y a regularse en el modo de ejercerse por lo dispuesto en la propia Constitución conforme al principio de supremacía de la Constitución.

La reforma constitucional, como ejercicio del poder constituyente derivado parte de la concepción de que el poder constituyente “también puede entenderse como una actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide en este caso como diría Frochot, estatuir su propia limitación. “Es precisamente como consecuencia de su omnímoda potestad –diría Frochot- por lo que la Nación, consagrando su derecho, se prescribe así misma un medio pacífico y legal de ejercitarlo. Lejos de ver en este acto una alienación de la soberanía nacional, yo lo entiendo, al contrario, como una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y su independencia”¹⁰⁹.

La reforma Constitucional y el poder de reforma es un poder jurídico otorgado y reglado por la propia Constitución. El poder constituyente es un poder político, opera como *res facti*.

Finalmente la reforma constitucional en cuanto pone en movimiento un poder de revisión de la norma suprema, comporta procedimientos más agravados que los establecidos para la aprobación o modificación de las leyes ordinarias.

CAPÍTULO 3.

APROXIMACIONES AL MOMENTO CONSTITUCIONAL

Examinaremos a continuación, las principales posiciones en relación al debate constitucional en curso, en el actual momento constitucionale chileno. Examinaremos, en primer lugar, la posición de quienes desde la política y la

¹⁰⁹ De Vega Pedro ob citada pag. 64. La cita de Frochot. Discurso ante Asamblea Constituyente 3 Septiembre 1791.

academia a lo largo de los años han resistido permanentemente los intentos de reforma a la constitución de 1980. Dentro de esta corriente de opinión, examinaremos dos miradas, las de quienes han asumido una postura más radical en su reticencia a los cambios constitucionales y la de quienes, todavía en una óptica conservadora, han tenido a lo largo de los años una mayor apertura al diálogo sobre la materia.

En relación a quienes participan del debate constitucional desde la perspectiva de propiciar una nueva constitución, analizaremos por un lado, la posición de quienes propician una asamblea constituyente para una nueva constitución como mecanismo único y la postura oficial del gobierno, de propiciar un cambio constitucional para una nueva constitución sin privilegiar un mecanismo específico.

El debate ha estado atravesado tanto en el mundo académico como político, por decenas de proposiciones. Las cuatro que examinaremos, corresponden a un esfuerzo de sistematización tendiente a simplificar y a fijar los elementos centrales del debate.

En efecto, la Presidenta de la República, ha anunciado el inicio e itinerario del proceso constituyente destinado a discutir y aprobar una Nueva Constitución.

Si bien existe una opinión mayoritaria sobre la necesidad de realizar un cambio constitucional, existen grandes diferencias de aproximación al tema, tanto en el mundo político como académico. En primer lugar sobre la naturaleza del cambio constitucional, asociado a lo anterior, sobre los procedimientos por los cuales debería transcurrir el proceso constituyente y ciertamente sobre los aspectos sustantivos que deberían ser modificados de la actual Constitución.

En un esfuerzo de sistematización para el análisis del momento constitucional chileno, agruparemos los enfoques existentes, entre aquellos que consideran que el cambio constitucional debe verificarse por la vía de reformar

aspectos puntuales, conforme a las disposiciones del Capítulo XV de la Constitución, que contiene las normas sobre su reforma. En segundo lugar, la política del Gobierno de poner en movimiento un proceso constituyente destinado a discutir y aprobar una Nueva Constitución. En tercer lugar quienes propugnando una Nueva Constitución han levantado la plataforma de una Asamblea Constituyente. Finalmente señalamos nuestra mirada sobre el cambio constitucional y el momento constitucional chileno.

1.- LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN.

Las corrientes políticas de centroderecha hoy opositoras al Gobierno, y los sectores académicos afines a su pensamiento han cuestionado la necesidad de una Nueva Constitución y han objetado el itinerario y el propio proceso constituyente iniciado por la Presidenta de la República.

Esto es sumamente relevante, porque salvo que se produjera alguna forma de ruptura institucional para avanzar y aprobar una Nueva Constitución, el concurso y la concurrencia a acuerdos, de a lo menos una parte de este sector político es una condición indispensable para avanzar en el proceso constituyente y llegar a una Nueva Constitución.

Es necesario analizar dos enfoques al interior de quienes señalan que el cambio constitucional debe verificarse, si es que es necesario, por la vía de la reforma, que corresponden con sus matices a las dos sensibilidades que conviven desde la transición, en ese sector de la comunidad nacional que se identifica con la centroderecha y sus dos fuerzas políticas más representativas.

LA SOLUCIÓN NO ES CONSTITUCIONAL¹¹⁰

¹¹⁰ Bajo ese título el Constitucionalista y político de la UDI Gonzalo Cordero, abordó el tema del cambio constitucional. "Opúsculo" en libro *La Solución Constitucional*, editado por Fuentes Claudio y Joignant Alfredo, Ed. Catalonia, octubre de 2015.

Su análisis y enfoque sintetiza de modo inmejorable la posición de ese sector político de la centroderecha del país.

En primer lugar este análisis parte de un diagnóstico, que constituye un juicio de valor de orden político.

- Asocia como un todo, la política de una Nueva Constitución, a la política de la Asamblea Constituyente, propugnada sostiene, por el Partido Comunista y sectores de izquierda extraparlamentaria, que considera, han impuesto su mirada sobre el cambio constitucional al interior de la coalición de centroizquierda que gobierna.

-Su aseveración básica es que Chile no necesita una Nueva Constitución. La Constitución vigente ha sufrido múltiples reformas y “puntos más puntos menos, recoge buena parte del estado del arte en materia constitucional.”

- Señala que una Nueva Constitución supone que su contenido sea “esencialmente diferente al del anterior”, o bien que en su origen “no se ajuste al procedimiento de reforma establecido en la vigente. En estricto rigor en este último caso, nace de un quiebre jurídico institucional.”

- Confronta el fundamento de quienes sostienen la necesidad de una Nueva Constitución en la ilegitimidad de origen de esta, sobre la tesis de que la legitimidad de toda Constitución que surge del ejercicio del poder constituyente originario (como la de 1980) “está fuertemente asociada al destino del bando vencedor en la revolución, golpe de estado, o como se llame el proceso que conduce al efectivo quiebre del orden”

Así por muy legitimado que esté el vencedor – como los padres fundadores estadounidenses- ello no impide que en toda nueva Constitución, en todo constituyente originario, haya inevitablemente una marca indeleble de ilegitimidad que, algunas veces será mayor y en otras menor”

“En el fondo, la aproximación precedente con sus ecos kelsenianos, nos pone frente a un problema insoluble y debiera llevarnos hacia una aproximación realista, para preocuparnos del contenido, único aspecto que admite una discusión con sentido práctico”

-Asevera que “A riesgo de ser acusado de formalista, “debo señalar que nadie hace realmente una nueva Constitución “en conformidad a la ley”, porque si lo hiciera, por definición, no sería nueva, sino una reforma de la anterior.”

- Se hace cargo, siempre asociando la opción por una nueva Constitución con el planteamiento de la Asamblea Constituyente, partiendo del supuesto de que son una y la misma cosa, del énfasis en el factor participativo de este procedimiento que a su juicio es propuesto con un carácter dicotómico frente a la democracia representativa.

“La defensa de la democracia representativa excede los objetivos de estas reflexiones, pero basta con recordar que es la mejor solución encontrada hasta ahora para evitar el predominio de los grupos organizados que se imponen apelando a la fuerza, así como para dar respuesta a las necesidades técnicas del gobierno y del proceso legislativo en la sociedad moderna.

Que el voto no sea un mecanismo suficiente de participación, debiera llevarnos a avanzar en nuevos medios de interacción entre autoridades y ciudadanos, pero no retroceder hacia fórmulas asambleístas.”

Finalmente partiendo del supuesto de que los promotores de una nueva Constitución lo son también de la Asamblea Constituyente y que el elemento fundamental en términos de contenido que buscan incorporar en la nueva Carta, es estatuir “los llamados derechos sociales” y que “La propiedad, como cualquier otro derecho, tiene, en ese contexto, un sentido instrumental respecto del colectivo”. defiende la validez de la actual Constitución en sus aspectos normativos.

“Tampoco es verdad que nuestro texto vigente sea la expresión constitucional del modelo económico liberal a ultranza, sino que es un marco que permite desde un liberalismo moderado –Nozick no se sentiría representado por estas instituciones- hasta una socialdemocracia moderada. De hecho tampoco se requiere de una nueva Constitución para establecer una visión moderada de los derechos sociales”.

-Finalmente objeta la necesidad de una nueva Constitución con dos argumentos de orden político.

“El gobierno de la Presidenta Bachelet, llegó al poder con aproximadamente el 30 % de los votos de las personas con derecho a sufragio. Al momento de escribir este ensayo, las encuestas de opinión le atribuyen una aprobación que bordea el 25 % ¿Puede invocarse este respaldo como fuente de legitimidad para redefinir el pacto social, para prescindir o mitigar el rol del Congreso y que una asamblea redacte la nueva Constitución?”.

“En los últimos 30 años, bajo el imperio de la actual Constitución, Chile ha vivido el ciclo de progreso y estabilidad más notable de su historia republicana. Somos el país latinoamericano que está más cerca de alcanzar el desarrollo y también en la mejor posición en el índice de desarrollo humano de las Naciones Unidas.

Aceptar este éxito no podría llevar a nadie sensato al sostener que el texto constitucional actual es inmutable.

Nadie de buena fe puede negar nuestras carencias y problemas, pero otra cosa es decirle a los chilenos que la solución a todas nuestras tareas pendientes se encuentran en una nueva Constitución”.

REFORMA CONSTITUCIONAL PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Representativa de otra mirada sobre el cambio constitucional, dentro del ámbito político académico de la centroderecha¹¹¹ que puede ser identificado con los sectores que desde el inicio de la transición han tenido una mayor apertura al diálogo y a construir ciertos acuerdos con la colación de centroizquierda, la encontramos en el ensayo de los académicos José Francisco García y Sergio Verdugo¹¹².

Un Camino hacia la Constitución de 2010: un proceso constituyente que una y no divida a los chilenos¹¹³.

Este ensayo, que puede ser considerado representativo de la aproximación del sector más moderado y abierto de la centroderecha respecto del debate sobre el cambio constitucional, parte del presupuesto de que el tema del cambio constitucional, el proceso en marcha, de una u otra forma terminará con un cambio a la actual Constitución.

El planteamiento que formulan como el título del ensayo lo señala es de apertura a que el cambio constitucional se materialice en la forma de una Nueva Constitución y partiendo de esa premisa formulan una proposición global sobre el camino y el procedimiento para la aprobación y discusión de una Nueva Constitución que como lo veremos en términos jurídicos políticos toma la forma de una Reforma Constitucional.

Partiendo, en todo caso, de su consideración en orden a concordar un diagnóstico por el cual el cambio constitucional sería necesario proponen un itinerario sobre los siguientes presupuestos y criterios:

¹¹¹ En el debate en curso, ningún sector ha tomado una postura oficial detallada sobre el debate constitucional. Existen múltiples opiniones de académicos y políticos. Los Partidos de oposición han reaccionado ambos contra el anuncio presidencial de iniciar el proceso constituyente. Hemos tomado la postura de estos dos ensayos por estimarlos representativos de las dos sensibilidades y matices que en el ámbito político y académico ligado a la centroderecha coexisten en ese bloque.

¹¹² José Francisco García es Doctor en Derecho de la Universidad de Chicago. Es Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica. Sergio Verdugo es Master en Derecho de la Universidad de California-Berkeley. Es Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Ambos académicos están ligados a la centroderecha.

¹¹³ Ensayo publicado en *La Solución Constitucional*. Editores Fuentes y joignant. Ed. Catalonia Octubre 2015, p. 127.

En primer lugar constata que en el debate en curso tanto en el nivel académico como en el político una corriente promueve mecanismos que ponen un alto énfasis en la participación (partidarios de la asamblea constituyente) frente a otros que persiguen privilegiar los canales representativos, particularmente el Congreso Nacional. Los primeros persiguen dotar el mecanismo de discusión de mayor legitimidad popular, mientras los segundos buscan generar condiciones para una deliberación más adecuada "ambos principios (la legitimidad y deliberación) parecen estar en conflicto. No obstante en este capítulo presentaremos una propuesta que busca reconciliarlos, buscando aprovechar las virtudes de ambos".

Enuncian cinco criterios en los que se basa su proposición sobre el proceso constituyente: a) no exclusión de los partidos políticos; b) Potenciar el rol del Congreso Nacional; c) Limitar el rol del Presidente de la República en el proceso; d) establecer instrumentos institucionales que aseguren una deliberación real y representativa de vastos sectores de la población; e) consagrar un mecanismo ratificadorio final por la ciudadanía.

Se plantea un cuestionamiento al planteamiento de los partidarios de la Asamblea Constituyente, en orden a considerar este mecanismo como el único válidamente democrático, señalando que pueden haber muchas alternativas democráticas y que lo importante es que dentro de ellas pueda concordarse una que estén todos dispuestos a aceptar.

Pasando revista a las críticas a la Constitución que han gatillado el debate chileno en torno a una Nueva Constitución; por un parte, la objeción a su legitimidad de origen y por la otra a los contenidos normativos más objetables, particularmente las normas contra mayoritarias, que asociadas a un sistema electoral que propicia el empate consagran una norma dominada por un "cerrojo" que inhibe la participación de la mayoría en el sistema político. En tercer lugar, consigna la objeción, particularmente de sectores académicos, que constatan que

la actual Constitución no puede ser considerada un "espacio común" y por consiguiente un instrumento a partir de cual pueda desarrollarse el patriotismo constitucional. Constata adicionalmente de que el sector académico y político que ha defendido las virtudes de la Constitución de 1980, son minoritarios en el debate actual.

Luego, propone partiendo del supuesto de que el proceso constituyente está en marcha y que el debate sobre la pertinencia del cambio constitucional se encuentra superado, un camino de conciliación entre quienes propician mecanismos de discusión y aprobación que ponen el eje en la participación y el planteamiento de quienes se inclinan por caminos representativos que se encuentran dentro del marco institucional; sosteniendo que es posible encontrar una salida pragmática que combine las virtudes de ambos planteamientos.

Nuestra propuesta señalan "busca combinar las virtudes de legitimidad política que traen las formas participativas con los ejercicios deliberativos de los mecanismos representativos. Como no existen mecanismo perfectos y la experiencia comparada da cuenta de numerosas formas procesales diversas, creemos que Chile requiere de un proceso propio."

La propuesta se funda en 5 criterios:

1) El cambio constitucional debe incluir a los partidos políticos. Este criterio se funda en dos consideraciones. Por una parte, la experiencia comparada muestra que las reformas que se hacen excluyendo a los partidos políticos tienen altas probabilidades de fracasar y en segundo lugar, que las democracias participativas modernas requieren de la existencia de partidos políticos fuertes, cuestión que hoy está fuera de discusión en la Ciencia Política.

2) Rol central de los mecanismos representativos. Este criterio se funda en dos consideraciones: por un lado la necesidad de fortalecer el Congreso, institución eje de nuestra democracia, y sin cuya participación el sistema político

y democrático se debilitaría. Y en segundo lugar, por considerar que el Congreso por la propia naturaleza de sus funciones y sus procesos de funcionamiento, garantiza mejores condiciones para una real deliberación. "Chile no debe menospreciar las ventajas de la representación, y considerar otras experiencias extranjeras recientes, que han tenido menos niveles de participación y más altos niveles de representación".

3) El rol del Presidente de la República debe ser reducido. Ello es necesario para impulsar el proceso. El fundamento de este criterio, es los peligros que encierra un peso excesivo del ejecutivo en este tipo de procesos, particularmente teniendo en cuenta, el presidencialismo exacerbado de nuestro sistema político, y algunas experiencias comparadas en América Latina.

4) Los mecanismos populares de democracia directa deben ser utilizados con moderación y en combinación con el procedimiento representativo. Se fundamenta este criterio en los peligros que encierra un mecanismo que combina la existencia de un ejecutivo fuerte con mecanismos populares de democracia directa. Señalando que algunas experiencias comparadas en América Latina y Europa del Este han terminado en sistemas políticos con severa tendencia al deterioro democrático.

5) Mecanismo ratificadorio final por la ciudadanía. El plebiscito ratificadorio forma parte crucial de esta propuesta pues, asumiendo que el contenido normativo del cambio constitucional necesario confronta importantes diferencias sobre sus contenidos, el plebiscito ratificadorio aparece como la forma más idónea de sancionar el compromiso de que se trata de una Nueva Constitución.

Finalmente, esta propuesta formula un camino específico hacia una Nueva Constitución que comporta los siguientes hitos:

1) Propone que el proceso arranque de una convocatoria presidencial a un acuerdo político amplio, al que concurran todas las fuerzas democráticas que hoy participan de la idea en diversos grados, de la necesidad del cambio constitucional.

2) Plantea que se suscriba un acuerdo político amplio sobre los hitos y contenidos fundamentales del cambio constitucional.

3) Plantea el diseño e implementación de cabildos ciudadanos y seminarios preparatorios implementados de un modo que garanticen legitimidad y densidad institucional, lo que supone que tengan un soporte legal y que garanticen pluralismo y transparencia.

4) Propone luego la configuración de una comisión asesora que elabore un anteproyecto de Reforma al Capítulo XV de la Constitución, sobre la Reforma a la Constitución, y un anteproyecto de Nueva Constitución. En este punto, propone que el anteproyecto de reforma al capítulo XV sobre reformas a la Constitución, rebaje los quóruns actualmente exigidos para la modificación constitucional: en aquellos capítulos donde el texto actual exige dos tercios para la reforma, rebajar el quorum a tres quintos de los miembros en ejercicios del Congreso Nacional. Y en aquellos capítulos donde el texto actual exige tres quintos, rebajar el quorum a mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Congreso Nacional. Finalmente en este punto sugieren que el anteproyecto establezca un itinerario de tramitación de la reforma por el actual Congreso Nacional y el próximo que se elegirá el 2017, Procedimiento de tramitación que dotaría a la Reforma de mayor legitimidad y mayor deliberación.

5) El siguiente paso propuesto, es la entrega del ante proyecto de Nueva Constitución a una comisión bicameral del Congreso que en un plazo breve presentaría una versión definitiva para iniciar el debate parlamentario, que como

se señaló empezaría en la legislatura actual y concluiría en la legislatura del próximo Congreso elegido el 2017.

6) Finalmente, plantea la realización tras el total despacho de Nueva Constitución por el Parlamento de un Plebiscito Ratificatorio por la ciudadanía para aprobar o rechazar la Nueva Constitución.

Hasta allí la proposición de los académicos García y Verdugo sobre las bases, procedimientos y modalidades del cambio constitucional. De este planteamiento se pueden desglosar las siguientes conclusiones:

En primer lugar concibe la perspectiva del cambio constitucional como un proceso fundado en un amplio acuerdo político, que atraviese la frontera de las corrientes políticas cuya confrontación ha marcado la política chilena desde el fin de la dictadura, pasando por el Plebiscito de 1988 y durante el último cuarto de siglo.

En segundo lugar, en rigor jurídico conforme a la naturaleza del cambio constitucional que se propone, ya que este se materializaría sobre la base de poner en movimiento el poder constituyente derivado, lo que se está planteando es una Reforma a la Constitución de 1980. Por este procedimiento, los contenidos normativos de la actual Constitución, en que no se alcance el quórum durante la tramitación del proceso de reformas para modificarlos seguirán vigentes.

En la proposición, la naturaleza de "Nueva Constitución" como resultado de la Reforma se sustenta en un planteamiento jurídico-político (atendible y plausible como lo veremos más adelante) en el sentido en que se trataría de una Nueva Constitución, independientemente del procedimiento por el cual se verificó el cambio Constitucional, primero, por la entidad del contenido de los cambios introducidos en ella, segundo, porque así se concordaría en el acuerdo político que pondría en movimiento el proceso constituyente, y el tercer lugar,

por la ratificación plebiscitaria de los cambios resueltos por el Congreso Nacional.

2.- NUEVA CONSTITUCIÓN Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Examinaremos a continuación, siempre con un criterio de sistematización, aunque inevitablemente simplificador, los planteamientos sobre el cambio constitucional de quienes, gobierno, sectores políticos y académicos, han planteado la necesidad de una Nueva Constitución.

Dentro de los partidarios de una nueva Constitución cabe distinguir la posición de quienes han planteado la plataforma de una Asamblea Constituyente como único mecanismo que puede llevar al cambio constitucional deseable y de quienes siendo partidarios de una Nueva Constitución no han asociado el objetivo aun determinado procedimiento.

Entre los sectores políticos que sostienen una y otra tesis existen innumerables planteamientos a nivel político y académico que se han involucrado en el debate constitucional, muchos de los cuales tienen matices entre ellos. A efectos del análisis examinaremos por un lado, los planteamientos del profesor Fernando Atria como los más representativos de quienes han levantado el planteamiento de la Asamblea Constituyente. Entre otras cosas porque sus tesis contenidas en el libro *La Constitución tramposa* han alimentado de manera relevante a los sectores y el movimiento político que propicia la asamblea constituyente y como veremos han ejercido fuerte influencia en la coalición de Gobierno y la propia Presidenta.

Por otra parte, como expresión, obviamente más representativa, de quienes han planteado el objetivo de una Nueva Constitución sin asociarlo a un procedimiento específico, analizaremos el itinerario y el planteamiento propuesto por la Presidenta de la República en relación al cambio constitucional en su

anuncio del 13 de Octubre DEL 2015, donde puso en movimiento el proceso constituyente, que expresa la posición del Gobierno y la coalición que lo sustenta.

EL CAMBIO CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La tesis de la Asamblea Constituyente no constituye simplemente una preferencia por determinado procedimiento para discutir y aprobar una Nueva Constitución. Se trata de una mirada política y jurídica de orden sustantivo.

Ella arranca de un diagnóstico específico severamente crítico, de la calidad democrática del proceso político chileno, desde el período de Transición hasta nuestros días por una parte; de una objeción radical a la legitimidad de la Constitución de 1980, de la que consecuentemente arranca una objeción a los déficit de legitimidad de las instituciones surgidas bajo su amparo por la otra, incluido y particularmente el Congreso Nacional. Esto último constituye el fundamento de la descalificación por parte de los partidarios de la Asamblea Constituyente, del actual Congreso Nacional, como sede apta para discutir el cambio constitucional.

En segundo lugar, de los distintos planteamientos formulados por los partidarios de la Asamblea Constituyente se deduce una concepción del cambio constitucional y de la nueva Constitución, ello en coherencia con su mirada crítica de la Transición, como un momento de poner en movimiento el poder constituyente originario, con el propósito de consagrar institucionalmente un régimen político y un orden público económico, que correspondería a una concepción hoy inmensamente hegemónica en la sociedad chilena y que no tiene otro camino que sobrepasar fácticamente, los mecanismos constitucionales, que constituyen un cerrojo por la vía de la asamblea constituyente.

Estos tres elementos de diagnóstico: Ilegitimad insubsanable de la Constitución de 1980, cuestionamiento a la calidad democrática de la transición y el proceso político de la últimos 25 años, descalificación del Congreso Nacional como sede desde la cual abordar el cambio constitucional, sumado al juicio, de que el sistema de quorums contramayoritarios para la reforma constitucional, constituyen "cerrojos" insalvables, hacen que el planteamiento de la Asamblea Constituyente no sea una variante procedimental, considerada mejor que otras, para el cambio constitucional, sino que constituye un planteamiento político sustantivo globalmente distinto.

Como parte de la explicación y del análisis habría que decir que estos elementos de enfoque reseñados, sobre el planteamiento de la Asamblea Constituyente, están a nuestro juicio alimentados, por la apreciación de las características y la envergadura de las movilizaciones sociales, particularmente las desarrolladas por el movimiento estudiantil el año 2011, que junto a sus demandas específicas hicieron del tema de la Constitución un tema central.

A mi juicio resulta evidente que entre los sectores políticos, sociales y académicos, que dieron forma y levantaron el movimiento por la Asamblea Constituyente, junto a sus convicciones sustantivas sobre el tema del cambio constitucional, existió en la dimensión política, un juicio en el sentido de que los acontecimientos del 2011, correspondían a lo que Bruce Ackerman ha llamado "momentos constitucionales"; Dice Ackerman "existen ciertas grandes ocasiones en la vida política en la que la gente interviene más directa y autorizadamente que cuando acude a las urnas en períodos normales para elegir entre políticos rivales". "Yo he llamado a estos episodios 'momentos constitucionales' en los que el pueblo habla con un acento distinto de lo que lo caracteriza en la política normal"¹¹⁴.

¹¹⁴ Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gerisa, 1999, p.150.

Constituye un juicio plausible, sostener que las movilizaciones sociales del año 2011 en Chile, tuvieron el carácter de lo que Ackerman denomina "momentos constitucionales". Sin embargo, desde nuestro punto de vista quienes dieron forma, a partir de esos acontecimientos, al movimiento por la Asamblea Constituyente, tuvieron una apreciación de la envergadura e identidad de esas movilizaciones sociales que más que un "momento constitucional" en la concepción de Ackerman, tenían la naturaleza de lo que yo llamaría un "momento constituyente" en el sentido de que se trataba de un despertar y puesta en movimiento del soberano, dotado de una fuerza suficiente para poner en movimiento el "poder constituyente originario" por la vía de una Asamblea Constituyente, para elaborar una nueva Constitución sobrepasando el marco institucional establecido por la Constitución vigente para un cambio constitucional.

"Con todo, puede ocurrir que la soberanía de la Constitución no pueda ser salvada, ya no por sus 'guardianes togados' o guardianes a secas, si no por un proceso constituyente de cambio, en que la política (facticidad) puede más que el derecho (normatividad); en tal caso es la hora de la soberanía popular y del poder constituyente originario democrático"¹¹⁵.

La aseveración a un periodista, en abril de 2013 del académico Fernando Atria de que "El problema constitucional tendrá que resolverse por la buenas o por las malas"¹¹⁶, más que una amenaza como fue interpretado que claramente no lo fue; sí constituyó una apreciación de que la fuerza generada por el "momento constitucional" tenía una envergadura que podría llegar a sobrepasar incluso la institucionalidad para avanzar en el cambio constitucional.

¹¹⁵ Zúñiga, Francisco. "Poder Constituyente, derecho constitucional transitorio y controles". En: *Nueva Constitución y momento Constitucional*. Thomson and Reuters, 2014, p. 119.

¹¹⁶ Atria, Fernando. Entrevista Diario electrónico *El Mostrador*, 23 de abril de 2013.

Una Asamblea Constituyente para una nueva Constitución

El principal exponente de la tesis de la Asamblea Constituyente ha sido el académico Fernando Atria¹¹⁷. El punto de partida de sus tesis sobre el cambio constitucional se funda en su diagnóstico y apreciación radicalmente crítica de la tesis de que la Reforma Constitucional de 2005, hubiera solucionado el problema constitucional en Chile.

"Al promulgar la reforma constitucional de 2005, el Presidente Ricardo Lagos dijo que desde entonces la Constitución pasaba a ser 'un piso institucional compartido'. Esta pretensión fracasó, hoy estamos de nuevo discutiendo no sobre reformas constitucionales sino sobre Nueva Constitución"¹¹⁸. "Decir que la reforma de 2005 fracasó, no es decir que todas y cada una de estas reformas fueron inútiles, inconducentes o 'meramente cosméticas'. Lo que fracasó fue una interpretación del sentido de esas reformas: que ellas solucionaban el problema constitucional"¹¹⁹.

El fracaso de la Reforma de 2005 en "solucionar el problema constitucional" y en su pretensión de haber dado forma a una Nueva Constitución, que podía ser considerada un "piso institucional compartido" es lo que fundamenta que el problema constitucional siga pendiente, la necesidad en consecuencia de una Nueva Constitución a través de una Asamblea Constituyente.

Se sostiene, en esta tesis de Fernando Atria que no obstante la importancia de las reformas de 2005 (eliminación de los Senadores designados; Consejo de Seguridad Nacional bajo el control del poder civil; restablecimiento al Presidente

¹¹⁷ Fernando Atria, abogado, doctor en derecho por la Universidad de Edimburgo, profesor de la Facultad de la Derecho de la Universidad de Chile. Fue miembro del comité de Programa en materias constitucionales de la Presidenta Michelle Bachelet. Perteneció al Partido Socialista. Ha sido un animador relevante del debate constitucional y ha influido fuertemente con sus tesis tanto en los sectores que propician la asamblea constituyente como en la propia esfera de la coalición de Gobierno.

¹¹⁸ Atria, Fernando. "La Constitución Tramposa y la responsabilidad del jurista. En: Nueva Constitución y momento Constitucional, Thomson and Reuters, 2014, p. 15.

¹¹⁹ *Ibidem*.

de la República la facultad de llamar a retiro a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas), el problema constitucional sigue vigente en cuanto permanecieron normas en la Constitución de 1980 que encierran una trampa. Trampa explícitamente buscada, señala Atria, citando al profesor Jaime Guzmán, principal ideólogo de la Constitución de 1980:

"Si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque -valga la metáfora- el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario".

La trampa de la Constitución de 1980, consiste en un conjunto de normas que comportan un sistema de cerrojos destinado a manipular las reglas del juego político para que solo un sector (la derecha) pueda ganar, para que gane incluso cuando pierda.

Se refiere en primer lugar, al hecho de que la Constitución de 1980 contiene un cúmulo de "leyes constitucionales", que por tal carácter, requieren para su modificación de quórum calificado (cuatro séptimos de los parlamentarios en ejercicio)

"¿es solo un cúmulo de leyes institucionales?, la respuesta ha de ser negativa, porque hemos de leer en esas leyes constitucionales una decisión fundamental y el contenido de esta decisión es claro: negar al pueblo potestad para actuar, neutralizar la agencia política del pueblo"¹²⁰ "Que la llamada Constitución de 1980 da al proceso político una forma cuyo fin es neutralizar la agencia política del pueblo, es algo evidente, y, por lo demás, explícito. Ya hemos citado los pasajes de Jaime Guzmán en los que este se vanagloriaba de la "nueva mentalidad" que caracterizaba su Constitución. Esta "nueva mentalidad"

¹²⁰ Op. Cit. p. 19.

fue lo que, en su momento, se denominó "democracia protegida". ¿Pero protegida de qué? La respuesta es: protegida del pueblo. La "protección" consistía en un cúmulo de cerrojos que inmunizaban lo que para el proyecto político de la dictadura era importante. La finalidad era hacer imposible que este proyecto fuera afectado por decisiones políticas democráticas, salvo cuando se trataba de reformas o modificaciones que fueran aprobadas por los herederos de la dictadura"¹²¹.

Admitiéndose que la Constitución ha sufrido más de 200 Reformas, algunas de las cuales fueron eliminando algunos de los "cerrojos" sostiene que ello fue producto de la constatación de la derecha de que ya no le prestaban utilidad, de nuevo "por consiguiente desde el punto de vista de la forma política del pueblo chileno, esos cambios han sido efectivamente gatopardismo: más de 200 reformas constitucionales nos dicen, para que esa forma política siga igual"... "la solución bien puede ser antigatopardismo, poco tiene que cambiar para que todo sea distinto. Es necesario eliminar todos los cerrojos y eso sería una nueva Constitución"¹²².

La cita precedente constituye la síntesis de la tesis de Atria sobre nueva constitución y asamblea constituyente. La reforma pese a todas las ya hechas, que comportaría un cambio cualitativo a la Constitución política para que fuera una nueva Constitución sería la eliminación de los cerrojos.

Junto al gran número de Leyes Orgánicas Constitucionales que requieren quórum calificados para su modificación, que constituirían el primer cerrojo, se propone un segundo cerrojo estaría constituido por el sistema electoral binominal¹²³. "Este segundo cerrojo hace prácticamente imposible lo que el primer cerrojo ya hacía muy difícil. El sistema binominal existe para asegurar a

¹²¹ Ibídem.

¹²² Atria, Fernando. "La Constitución Tramposa y la responsabilidad del jurista. En: Nueva Constitución y momento Constitucional, Thomson and Reuters, 2014, p. 17

¹²³ El 27 de abril de 2015 se promulgó la Ley que estableció un sistema electoral proporcional poniendo fin al sistema electoral binominal.

la derecha los 51 diputados que necesita para modificar o derogar una Ley Orgánica Constitucional". Se argumenta con razón como lo hemos señalado en un capítulo anterior que al propiciar el empate en el número de escaños entre quienes ganan y quienes pierden la elección, el sistema binominal hace prácticamente imposible que quien gane las elecciones configure una mayoría suficiente (cuatro séptimos) para modificar las leyes orgánicas constitucionales.

En tercer lugar, se propone que un tercer cerrojo consagrado en la Constitución de 1980 está constituido por el control preventivo del Tribunal Constitucional "En el caso improbable de que alguna decisión contraria a los intereses de la derecha superara estas dos trampas, entraba en operación la tercera, el Tribunal Constitucional, que tiene una competencia preventiva (en virtud de la cual interviene en el proceso de formación de la Ley, antes de que ella alcance a ser dictada) completamente exagerada"¹²⁴.

Fernando Atria culmina su tesis de los cerrojos, describiendo los quórum requeridos para la reforma de la Constitución establecidos en el capítulo XV de esta, como un meta cerrojo. Sostiene que los cerrojos ya señalados están protegidos por un meta cerrojo, vale decir, por un cerrojo que protege los cerrojos. A saber dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio para modificar los capítulos I, III, VIII, XI, XII, XV de la Constitución (66% de los diputados y senadores en ejercicio) y tres quintos para los demás capítulos (60% de los diputados y senadores en ejercicio).

A partir de las premisas desarrolladas, en sentido de que el sistema de cerrojos descrito "neutraliza la agencia política del pueblo" por una parte, y de la consideración de que en tres décadas desde la promulgación de la Constitución de 1980, el desarrollo político del pueblo chileno genera una tensión insalvable con las restricciones institucionales ya descritas, "los cerrojos"; y tras sostener

¹²⁴ En efecto, el Artículo 93 inciso 3 de la Constitución Política sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional señala: "Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de Ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

que eliminar estos cerrojos, es lo que dotaría a un cambio constitucional del carácter de nueva constitución, es lo que fundamenta el planteamiento no solo de la urgencia de la nueva Constitución, sino la consideración de que es muy difícil de que un proceso constituyente se abra paso con ese horizonte, sino es por la vía de que se manifieste, mediante el ejercicio del poder constituyente originario por la vía de una asamblea constituyente.

La tesis de Fernando Atria de la Asamblea Constituyente para una nueva Constitución se afirma además en dos consideraciones de orden político. La primera, que los Gobiernos de la Concertación no se propusieron nunca impugnar los términos fundamentales del arreglo constitucional de Pinochet, y que en una política de realismo transformada en resignación claudicante buscaron solo las reformas que fueran posibles bajo esos términos.

La segunda consideración es que la naturaleza y envergadura que adquirieron las movilizaciones de 2011 expresan una presión política por parte del pueblo que confrontada al muro neutralizador de los cerrojos, seguirá creciendo y empujando el cambio constitucional que a su juicio producirá "por las buenas o por las malas", aclarando de modo explícito de que "esto no debe ser interpretado como una amenaza sino como un diagnóstico sombrío".

Con estos fundamentos Fernando Atria aterriza su proposición sobre la base de que la solución al problema constitucional, será posible a partir del desarrollo de un movimiento social y político por una Nueva Constitución, que cuando haya alcanzado la magnitud suficiente, debería expresarse a través de un procedimiento que él mismo sugiere que se podría calificar de "fórmula de ruptura institucional". Este aparente oxímoron jurídico político, consiste en la siguiente fórmula:

Se propone que el Presidente de la República convoque a un plebiscito con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional para que el pueblo

decida si se convoca o no a una Asamblea Constituyente para elaborar una nueva Constitución.

Propone viabilizar jurídicamente la convocatoria a este plebiscito, modificando el número 4 del Artículo 32 de la Constitución Política, que establece entre las facultades del Presidente de la República "convocar a plebiscito en los casos del Artículo 128" (se refiere a la potestad presidencial de convocar a un plebiscito cuando ha decidido rechazar totalmente un proyecto de reforma constitucional aprobado por ambas cámaras del Parlamento, y estas hubieren insistido en su totalidad, por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio. En ese caso el Presidente promulga la reforma o llama a plebiscito).

La proposición consiste en agregar al inciso 4 del Artículo 32, una atribución presidencial genérica para "convocar a plebiscito en caso de reforma constitucional". La viabilidad de esta reforma estaría dada en cuanto las atribuciones del Presidente están contenidas en el capítulo IV de la Carta Fundamental, que es de aquellos que requiere solo un quórum reforzado de las tres quintas partes de diputados y senadores en ejercicio, frente a las dos terceras partes que requiere cualquier reforma al capítulo XV referido a la reforma de la Constitución.

La fórmula resuelve la eventualidad de que el decreto de convocatoria pueda ser invalidado por el Tribunal Constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 número 5, toda vez que este no podría pronunciarse de oficio si no a petición de alguna de las ramas del parlamento, cosa que no podría ocurrir toda vez que en el presupuesto planteado la convocatoria a plebiscito constitucional la haría el Presidente con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional. Si estas han prestado su acuerdo para la convocatoria del plebiscito, obviamente, no concurrirán para impugnar el decreto que lo convoca, ante el Tribunal Constitucional.

De esta forma y con esta fórmula se plantea un camino que sin romper la juridicidad y operando dentro de la institucionalidad, finalmente instala una Asamblea Constituyente y pone en movimiento el poder constituyente originario para dictar una nueva Constitución.

3.- CAMBIO CONSTITUCIONAL PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN.

El 13 de octubre de 2015, la Presidenta de la República ha puesto en movimiento el proceso constituyente, con el anuncio de un itinerario de iniciativas políticas y legislativas que deberían culminar con la aprobación de una Nueva Constitución.

Este hecho y el anuncio presidencial, cierra algunos aspectos del debate constitucional en curso, comporta algunas definiciones que resuelven materias que eran punto de controversia en su coalición política, pero deja abiertas incertidumbres relevantes sobre el curso que seguirá el proceso.

El anuncio de la Presidenta constituye de hecho y formalmente el planteamiento y la mirada de quienes se han aproximado el tema del cambio constitucional, planteando la necesidad y el objetivo de una Nueva Constitución, sin asociarla a priori ni como condición sine qua non, al mecanismo de una Asamblea Constituyente.

El anuncio presidencial ha restablecido la centralidad y probablemente la irreversibilidad del proceso destinado a provocar un cambio constitucional para una Nueva Constitución.

Ello deja atrás en el debate constitucional en curso, la pertinencia y necesidad o no de acometer el cambio constitucional. Claramente el proceso está en curso.

En segundo lugar, la impronta del discurso cuando señala

“Porque una Constitución es la madre de las leyes de un país; es la que define los valores que nos rigen; lo que nos une como nación; el carácter de nuestra democracia; las reglas básicas de nuestra convivencia política y la que crea las bases jurídicas para hacer posible el progreso”, sumado al anuncio de un itinerario, inserto en la institucionalidad, y cuya viabilidad supone el acuerdo o el concurso de la oposición o de una parte importante de ella, orienta el proceso constituyente en una perspectiva de que “la nueva Constitución sea fruto del poder constituyente derivado o del poder constituyente originario, debe estar soportada sobre un gran acuerdo nacional acerca de sus “bases”, acuerdo que debe reflejar en la mayor medida de lo posible el pluralismo político e ideológico de la sociedad”.¹²⁵

Esta opción contractualista del proceso constituyente, salda lo que ha sido un debate abierto, aunque no explícito al interior de la coalición de centroizquierda, donde sectores importantes han concebido el proceso de cambio constitucional en Chile y la Nueva Constitución, mirándose en el espejo de los procesos “bolivarianos”.

“Las democracias latinoamericanas en la última década han buscado dar respuesta a estas demandas ciudadanas, encausando procesos constituyentes con el objetivo de generar una nueva carta fundamental, que abra paso a condiciones más justas para sus pueblos, los que han culminado finalmente, con nuevas constituciones y nuevas autoridades elegidas democráticamente como ha ocurrido en Venezuela, Colombia, Bolivia y Ecuador”¹²⁶

El planteamiento presidencial y el itinerario, encauzan el proceso de manera unívoca a una Nueva Constitución.

Después de plantear en su discurso:

¹²⁵ Francisco Zúñiga. Coordinador equipo programático constitucional de Michelle Bachelet. En opúsculo "La Potestad Constituyente y la Nueva Constitución".

¹²⁶ Julia Urquieta. (Coordinadora Jurídica y Legislativa Bancada Parlamentaria del Partido Comunista de Chile) "Una Nueva Constitución para un nuevo Chile". En: *Nueva Constitución y Momento Constitucional* Monografías, Thomson and Reuters, 2014, p. 53.

“Sin embargo, no basta con tener un proceso participativo y un proyecto para que la nueva Constitución sea realidad, pues la actual Constitución no contempla mecanismos para elaborar una nueva Constitución”, la Presidenta anunció que a fines del 2016 enviará un proyecto de Reforma Constitucional, para que por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, el parlamento establezca los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Carta Fundamental. En esta reforma propondremos al actual Congreso que habilite al próximo para que sea el quien decida de entre cuatro alternativas el mecanismo de discusión. La primera alternativa es formar una comisión bicameral de Senadores y Diputados; la segunda formar una Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; la tercera es la convocatoria a una Asamblea Constituyente y la cuarta alternativa es que el Congreso pueda convocar a un plebiscito para que la ciudadanía decida entre las tres anteriores.

Esta fórmula que busca salvaguardar sin ambigüedades de ninguna naturaleza, el objetivo de una nueva Constitución, es alambicada y mantiene incertidumbres sobre la naturaleza jurídica del proceso constituyente.

En efecto, la decisión presidencial desecha el mecanismo del apelar al poder constituyente derivado y por vía de la reforma total llegar a la “nueva Constitución”, reformando primero el Capítulo XV, sobre la reforma a la Constitución, rebajando los quorum supra mayoritarios a estándares que permitan una deliberación flexible sin que una mayoría aun calificada, pueda quedar prisionera del veto de la minoría.

En rigor la opción tomada de enviar un proyecto para que la Constitución establezca un mecanismo para dictar una Nueva Constitución, es agregar una norma nueva absolutamente sui generis. No se esclarece pero debería entenderse que se trata de una norma transitoria.

El quorum de dos tercios para aprobarla, es razonable, pues es el quorum reforzado requerido para la reforma del Capítulo XV sobre la reforma. De otro modo podría haber sido objetada como un atajo que vulnera el espíritu de la norma o como la utilización de un resquicio constitucional.

El mecanismo de eludir el resorte de la reforma al capítulo XV, en apariencia resuelve el problema de encausar el proceso, convocando al poder constituyente originario, de un modo que este adquiere ipso facto e ipso jure el carácter de discusión sobre una "nueva Constitución" y no de reforma de la Constitución vigente.

Sin embargo la fórmula deja abierta y con carácter incierto una cuestión crucial.

¿Debe subentenderse que la aprobación de la reforma que incorpora una norma a la Constitución, que habilita procedimientos para dictar una nueva Constitución, comporta la derogación de todo el texto de la Constitución vigente y que el proceso, al no abordarse como reforma, sino como discusión de una nueva Constitución se enfrenta a una "hoja en blanco"?

Entenderlo de ese modo es coherente con la naturaleza de la proposición. Esa ha sido la postura del Gobierno, cuando se ha planteado no una reforma sino la dictación de una Nueva Constitución.

"Al respecto, hay que ser enfáticos en que el subyacente pacto político institucional a una Nueva Constitución, que le confiere un plus de legitimidad, debe asentarse en la superación de la lógica del "falso consenso" tan propia del antiguo ciclo reformista para enfrentarse a una "hoja en blanco" (entendida como una hoja sin pre-texto)"¹²⁷.

¹²⁷ Zúñiga, Francisco. Coordinar Equipo Constitucionalista del programa de Gobierno de Michelle Bachelet. Op. cit., p. 198.

En relación al mecanismo de discusión del proyecto de nueva Constitución, en la práctica la propuesta presidencial desecha la Asamblea Constituyente y el Plebiscito consultivo, que son dos de los cuatro mecanismos sobre los que deberá pronunciarse el próximo Congreso. En el evento de que por el quorum de dos tercios, se aprobara el proyecto que habilitaría al próximo Congreso para resolver sobre el mecanismo, el quorum de tres quintos de los parlamentarios en ejercicio que se plantea, es difícilmente alcanzable para los partidarios de estas opciones.

Finalmente la propuesta de itinerario articula la virtud de la legitimidad del proceso al contemplar mecanismos de participación de la ciudadanía así como el plebiscito ratificatorio, con abrir espacio a una adecuada deliberación por el rol que tendrá el Congreso Nacional. (Ya está dicho que no obstante se propondrán cuatro fórmulas de procedimiento, dos de las cuales excluyen la participación del Congreso Nacional, son las dos que comportan la participación del parlamento las que tienen viabilidad de ser aprobadas).

CAPÍTULO CUARTO

¿ES NECESARIA Y POSIBLE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Es un dato de la realidad que el tema del cambio constitucional está instalado, y que se ha puesto en movimiento un proceso constituyente que culminará sin ninguna duda en un cambio constitucional.

Sin embargo, es incierto si finalmente se pondrá en movimiento el poder constituyente originario en la medida en que la proposición de itinerario y procedimiento propuesto por la Presidenta de la República prospere, o bien, si será el poder constituyente derivado el que finalmente materialice el cambio constitucional. Esta incertidumbre, alcanza también al resultado del objetivo final. Esto es, si el proceso de cambio constitucional que se ha puesto en

movimiento culminará finalmente en la dictación de una Nueva Constitución Política, o en una Reforma de la actualmente vigente.

Partiendo de la base de que tal vez excluyendo a una ínfima minoría, existe un muy amplio consenso en la necesidad de llevar adelante un cambio constitucional, no es claro, de que exista el mismo consenso para que este culmine en una nueva Constitución.

1.- POR QUÉ ES NECESARIO UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Esta es una cuestión controvertida, en la medida que lo son, muchos de los fundamentos que se han invocado para instalar en la agenda el tema de la Nueva Constitución.

"Luego de más de dos décadas de recuperada la democracia, Chile ha mostrado buenos índices de gobernabilidad, así como avances significativos hacia un mayor desarrollo humano que han redundado en mejoras a las condiciones de vida de las personas en el reconocimiento internacional como un país que ha logrado establecer un régimen democrático estable"¹²⁸.

La evaluación contenida en la cita de un organismo de Naciones Unidas, sobre nuestra realidad política, permite aseverar que no es una situación de crisis política, económica o institucional, propia de las que anteceden a grandes cambios, lo que puede ser invocado el 2015 como el fundamento de propiciar un cambio constitucional, para una Nueva Constitución.

En segundo lugar, el argumento central que se ha esgrimido para propiciar la apertura del proceso constituyente, que culmine en una nueva Constitución, ha sido la objeción a la legitimidad de la Constitución de 1980.

¹²⁸ Informe Programa Naciones Unidas para el Desarrollo 2014.

Si bien nadie, salvo un fanático recalcitrante, puede poner en duda la ilegitimidad del origen de la Constitución de 1980; el pacto constitucional de 1989 y su posterior ratificación plebiscitaria y las fundamentales Reformas del 2005 aprobadas por un Parlamento democráticamente elegido y promulgadas por un Presidente legítimo y democráticamente elegido, introducen a lo menos una controversia plausible sobre la legitimidad o ilegitimidad, o los grados del deficit de legitimidad del texto vigente hoy día de la Constitución política.

Asumir integralmente la ilegitimidad de la Constitución de 1980 lleva a la paradoja de preguntarse por la propia legitimidad de las autoridades políticas elegidas al amparo de "un texto ilegítimo", incluida la de la Presidenta de la República, que está poniendo en movimiento el proceso constituyente. Sin entrar en la controversia, consideramos que a lo menos, puestas así las cosas, el argumento de la ilegitimidad sería insuficiente por sí mismo para fundar un proceso constituyente que termine en una nueva Constitución.

En tercer lugar, otro eje fundamental de argumentación y del impulso a que el cambio constitucional no sea una reforma si no que se materialice en una nueva Constitución, ha sido la tesis de los "cerrojos". La constatación de que la voluntad mayoritaria del pueblo está enclaustrada e inhibida de expresarse democráticamente y prevalecer, por un sistema de cerrojos en la Constitución política; a saber, como ya se ha explicado, el quorum calificado de 4/7 para la modificación de Leyes Orgánicas Constitucionales. En segundo lugar, un sistema electoral de distritos múltiples binominales que propician el empate entre quienes ganan y pierden las elecciones. En tercer lugar, el control preventivo de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional, cerrojos todos, protegidos por lo que se ha llamado, el meta cerrojo de los quóruns contra mayoritarios exigidos para la Reforma Constitucional, consagrados en el Capítulo XV de la Constitución.

Esta tesis concluye en la prospectiva sombría, de que éstos resortes institucionales, hacen imposible que una mayoría gobernante (en este caso el Gobierno de Michelle Bachelet) pueda materializar los cambios propuestos en su programa de Gobierno, y demandados por la mayoría. En otras palabras, el sistema de cerrojos garantizaría la sobrevivencia de un sistema económico y social heredado, imposible de modificar por la mayoría, en el contexto del marco constitucional de la Constitución vigente. Ello lleva a propiciar como única solución la elaboración de una Nueva Constitución.

Como se ha señalado y explicado en capítulos de este trabajo, una parte de lo que se ha llamado enclaves autoritarios y de los elementos objetables de la institucionalidad consagrada en la Constitución de 1980, ha sido efectivamente un sistema de quóruns contra mayoritarios para las Leyes Orgánicas Constitucionales (que abarcaron en la práctica materias propias de Ley simple) sumado a las trabas y quorums calificados para la Reforma de la Constitución, lo que asociado a un sistema electoral diseñado (se puede constatar empíricamente que con éxito) para que la mayoría que gane las elecciones aun casi doblando a la minoría se represente en el Parlamento en un número equivalente de escaños. El que gana nunca gana y el que pierde nunca pierde.

Siendo esto efectivo, y siendo además incuestionable que uno de los aspectos más objetables de la Constitución de 1980, ha sido su sistema de resortes institucionales descritos, destinados a la mantención del estatus quo, y a entabrar efectivamente la expresión de la mayoría, la experiencia histórica concreta ha estado marcada por la capacidad de la mayoría democrática de ir modificando el estatus quo y alcanzando sus objetivos pese a los cerrojos.

Como lo dijo en una entrevista reciente el ex Presidente Ricardo Lagos, a propósito del debate constitucional en curso "No hay que olvidar que con esta

Constitución derrotamos a Pinochet"¹²⁹. Pese a los "cerrojos". Esto en el 2014 se ha materializado en una verdadera paradoja, en el sentido de que en su primer año de Gobierno, la Presidenta Bachelet pudo sacar adelante, como ya lo hemos explicado, las reformas estructurales progresivas más relevantes probablemente desde el período de la transición, que ella misma ha calificado de históricas, y efectivamente lo son.

La Reforma Tributaria progresiva y redistributiva, una Reforma Educacional que pone fin al lucro en la Educación, en la línea del paradigma de restablecerla como un derecho garantizado por el Estado, y en tercer lugar, ni más ni menos que haber puesto término al sistema electoral binominal, para remplazarlo por un sistema de representación proporcional, son sin duda de las reformas estructurales más relevantes y sustanciales que se han llevado adelante desde la transición hacia la Democracia.

Esta realidad, desdibuja, o le quita fuerza, o hace claramente controvertible el argumento de los cerrojos, para fundar por sí solo (porque desde luego deben ser materias de un cambio constitucional) el desencadenamiento de un proceso constituyente para una Nueva Constitución.

Finalmente, particularmente, desde sectores académicos vinculados a la centro-izquierda, se ha puesto énfasis como fundamento de la necesidad de una nueva Constitución en el dato de realidad de que la Carta actualmente vigente a pesar de sus innumerables reformas, no ha logrado ni logrará provocar lealtad y patriotismo constitucional, y su eficacia opera por su mero carácter de norma de derecho positivo, pero sin adhesión subjetiva o consentimiento de la mayoría de la sociedad respecto de ella.

Sin embargo, más allá del carácter controvertible de los fundamentos descritos, que han impulsado al gobierno a poner en movimiento un proceso

¹²⁹ Ricardo Lagos, entrevista Reportaje, diario *La Tercera*, domingo 1º de noviembre de 2015.

constituyente para la elaboración de una nueva Constitución, creemos necesario que el cambio constitucional en curso se materialice en una nueva Constitución política para la República de Chile.

Creemos sin embargo, que la necesidad y la propia viabilidad de que el cambio constitucional en curso culmine en una Nueva Constitución, supone poner el énfasis en otros elementos de diagnóstico del momento constitucional, que en todo caso comportan una aproximación distinta a los motivos y objetivos por los cuales poner en movimiento el poder constituyente originario, que es la condición necesaria de la elaboración de una Nueva Constitución.

Desde luego, la perspectiva de abrir cauces al poder constituyente originario para una nueva Constitución, con una orientación "revolucionaria", entendida esta como una aspiración a suplantarlo radicalmente el régimen político consagrado en la Constitución, por uno distinto, que hoy día sería hegemónico en la sociedad y buscaría institucionalizarse por la vía de imponer un nuevo arreglo constitucional materializado en una Nueva Constitución política que suplante a la vigente y al régimen político que ella consagra, que efectivamente corresponde a la mirada de un sector de la izquierda, nos parece errada e inconducente.

No nos parece que corresponde a un diagnóstico adecuado del momento constitucional chileno, y adicionalmente resulta muy difícil, sino imposible que una perspectiva de cambio constitucional de esa naturaleza, se puedan construir los soportes políticos suficientes, tanto en la sociedad como en las instituciones, para viabilizar que el cambio constitucional culmine en una nueva Constitución.

Creemos en la necesidad de que el cambio constitucional culmine en una Nueva Constitución, pero desde una aproximación distinta.

Se ha argumentado de manera recurrente en función de una Nueva Constitución "nos merecemos una nueva Constitución nacida en democracia",

yo profundizaría el argumento y desde nuestra perspectiva diríamos: nos merecemos una nueva Constitución que surja del mejor arreglo constitucional que haya tenido el país en su historia y que cierre la tarea, de que nuestra Carta Fundamental sea, como quiso el Presidente Lagos el 2005, efectivamente "un piso institucional compartido", y que en esa perspectiva, y por la vía de culminar en una nueva Constitución Política para la República el proceso constituyente en curso, sea el paso definitivo del camino iniciado, con el pequeño pero importante paso que significó la Reforma de 1989, y que siguió con el paso más largo y relevante de la reforma del año 2005.

Cuáles son los fundamentos para plantear la necesidad de una nueva Constitución desde esta perspectiva.

1- En primer lugar, la constatación de realidad, de que el tema del cambio constitucional está instalado en el discurso público, en los actores políticos, y lo que es más relevante, también en la sociedad. Y aquí, desde mi punto de vista, cobra fuerza el argumento de que más allá de la discusión jurídico política sobre el tema de la legitimidad de la Constitución vigente, existe una desafección activa de una franja muy ancha de la ciudadanía respecto de la Carta Fundamental. En este punto, constituye un dato sociológico político relevante, el hecho de que una franja mayoritaria de los ciudadanos chilenos, nacidos después de 1973 y particularmente los jóvenes nacidos después de 1988, imposibilitados de hacerse cargo de las condiciones subjetivas, y las restricciones del contexto en que se negoció y se suscribió el Pacto Constitucional de 1989 y del arreglo reformista del 2005, particularmente del primero, no se sienten deudores de los límites y opacidades de esos acuerdos, por más que nos parezca injusto a quienes participamos de ellos, y constituye un dato de realidad que su sensibilidad respecto de la legitimidad de la Constitución de 1980, aun con todas sus reformas es y seguirá siendo de total objeción y desafección.

Es evidente que la carga simbólica de su origen ilegítimo, de la violencia humillante del fraude plebiscitario con que fue impuesta, ejerce en buena parte del subconciencia colectivo, un peso superior al hecho de que haya sido reformada en sus elementos anti democráticos fundamentales y que bajo su vigencia desde 1990 en adelante, bajo su vigencia, el país haya vivido un período de indudable progreso económico, político, social e institucional, que no pocos, evaluamos como de los mejores de nuestra historia.

Desde ese punto de vista, partiendo de la base de que un cambio constitucional, va a consagrar, un texto normativo que debe sustentarse en un amplio consenso, constituiría un paso adelante en la legitimidad y la adhesión ciudadana a la Constitución Política, aunque no se llegue al "patriotismo constitucional", que ésta tuviera el carácter de "Nueva Constitución".

Materializar el cambio constitucional en curso, donde lo sustancial será su contenido, bajo la forma de una "Nueva Constitución", liberará a nuestra Carta fundamental, de la carga simbólica de ser la Constitución de Pinochet.

Esta perspectiva puede ser de interés además, para un sector importante de la centro derecha, que seguirá viendo reducido su techo de influencia en el Chile del siglo XXI, mientras no logre zafar del clivaje democracia – dictadura, que 42 años después del golpe de estado de 1973 increíblemente sigue penando como un verdadero fantasma en la política chilena.

2- La Presidenta al anunciar el proceso constituyente señaló citando a Camilo Henríquez. "Decía Camilo Henríquez ya en 1813 en su célebre Catecismo de los Patriotas, "El pueblo siempre tiene derecho a rever y revisar su Constitución." "Una generación no puede sujetar irrevocablemente a sus leyes a las generaciones futuras"¹³⁰.

¹³⁰ Camilo Henríquez. Sacerdote, escritor y político relevante de la independencia. Promotor de las ideas del constitucionalismo liberal. En rigor la cita de la Presidenta, corresponde al tenor del Artículo 28 de la Constitución Francesa de 1793 reproducido por Camilo Henríquez en el Catecismo de los Patriotas.

El concepto contenido en la cita es relevante, por que pone el énfasis en el planteamiento del cambio constitucional como una cuestión nacional y de estado. No de un sector, versus otro sector, no como una revancha de los derrotados en 1980, que hoy quisieran derrotar a los vencedores de entonces, tampoco como una cuestión de gobierno, sino como una cuestión de estado. Como el ejercicio del derecho de revisión constitucional, en este caso con el horizonte de dictar una nueva Constitución, propio de un país que funciona o aspira a funcionar sobre una organización democrática moderna. Como el ejercicio del derecho de la actual generación de ciudadanos chilenos, de la actual generación de los actores y líderes políticos, de actual generación de organizaciones de la sociedad civil, del Chile de la segunda década del siglo XXI, de ejercer su soberanía, de participar de un diálogo democrático, y de instalar una deliberación constructiva y edificante en sus órganos representativos, para concordar un arreglo constitucional, que termine de superar elementos de la institucionalidad gestados en un país de hace cuatro décadas, que comportan anacronismos objetivamente perturbadores en un sano y plenamente democrático funcionamiento del sistema político en el 2015.

Esta perspectiva, es a nuestro entender la única que puede constituir una base útil que viabilice, el indispensable pacto político, que atraviese las actuales fronteras gobierno-oposición, bloque político de la centroizquierda (Nueva Mayoría), -bloque político de la centroderecha (Chile Vamos), que haga viable un cambio constitucional sustantivo, que eventualmente pueda llegar a ser una nueva Constitución.

Puesto en estos términos, la perspectiva del debate y del cambio constitucional, interpela en consecuencia no solo a quienes nos motiva el cambio constitucional para terminar con elementos de la Constitución actual, que consideramos ajenos a una democracia sana, si no también a todos quienes razonablemente estimamos (probablemente sea una minoría insignificante la que

no entre en esta categoría) que nuestra Constitución requiere modernizarse, y que nos merecemos el derecho a ejercitar el poder constituyente, sea finalmente el derivado o el originario, con el propósito de arribar a un arreglo constitucional que de cuenta de los extraordinarios cambios ocurridos en el mundo y el Chile en los 42 años que van desde que se desplomó nuestra institucionalidad democrática en 1973 hasta la segunda década del siglo XXI.

Creemos, en consecuencia, que el cambio constitucional debe llevarse adelante en el ejercicio del derecho a revisión constitucional, resguardando en la forma de implementarse cinco criterios fundamentales:

El primero es que el proceso se pone en movimiento desde una perspectiva de Estado, no confrotacional, inspirada en el propósito y la necesidad de que adecuemos nuestra realidad jurídica y constitucional, dando la cara a los grandes cambios verificados en la realidad política, incluidos como lo veremos más adelante, los innegables y preocupantes síntomas de debilitamiento y crisis en el funcionamiento de nuestra democracia.

En segundo lugar, es muy relevante preservar el carácter irreprochablemente "institucional" del itinerario planteado, de modo que este proceso de cambio constitucional entendido, como se ha señalado en el punto anterior, como adecuación de nuestras normas constitucionales a los cambios que se han operado en el país, se produzca, garantizando la continuidad jurídica de la Nación (sobre este punto volveremos más adelante para abordar la aparente contradicción del planteamiento presidencial de no buscar la habilitación del poder constituyente para discutir y aprobar una nueva Constitución, modificando el Capítulo XV sobre reformas a la Constitución).

En tercer lugar, nos parece importante (y el tema no está esclarecido en la proposición presidencial) creo que cualquiera sea el mecanismo que finalmente se defina de los planteados en el itinerario propuesto por la

Presidenta, los cambios constitucionales deben aprobarse por un quorum agravado de 3/5. Creemos que este quorum constituye un elemento de agravamiento indispensable para preservar el principio de la supremacía constitucional, tratándose, como lo postulamos, de un procedimiento que corre por el carril de la reforma a la Constitución y que no puede, en consecuencia, comportar los mismos mecanismos de modificación de la ley común.

En cuarto lugar, consideramos que un camino más apropiado y más riguroso desde el punto de vista jurídico constitucional, sería poner en movimiento el poder constituyente para elaborar una nueva Constitución, modificando el Capítulo XV de la actualmente vigente. Esta reforma, sobre el modo de reformar la Constitución, debería rebajar los quorum contramayoritarios actualmente existentes, de 2/3 a 3/5 para la modificación de todos sus capítulos. De esta forma, el cambio constitucional debe operar por la vía de la reforma a la Constitución Política actual. Postulamos que el proceso de cambio constitucional así implementado, culmine en una "nueva Constitución" producto de la entidad y profundidad de los cambios que deberían modificar el texto actual, y porque así se concordase, en el indispensable acuerdo político necesario para sustentar y materializar el proceso de cambio constitucional en curso.

Este camino desde nuestro punto de vista, resuelve el complejo problema jurídico, (si es que tiene solución.. En efecto desde la aplicación pura de los principios es probablemente inconciliable el conflicto entre democracia de la identidad y democracia representativa, entre Rousseau y Montesquieu, si se quiere hacer operar el poder constituyente originario, desde la juridicidad del derecho de revisión constitucional) de lo que hemos llamado un mecanismo sui generis, de cambio constitucional, propuesto por la Presidenta de la República, consistente en habilitar el poder constituyente originario desde la juridicidad de la Constitución actualmente vigente. Al encontrar su fuente de legitimidad en el ordenamiento jurídico vigente, estaría condicionado como poder constituyente

originario, en circunstancias de que por su propia naturaleza, no admite límites en su condición de *res factum*.

Con todo, la proposición que hemos formulado de llegar a una nueva Constitución por la vía de la reforma total, en ejercicio del poder constituyente derivado, también ha merecido reparos doctrinarios.

“Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que, en ningún caso, puede tenerla es para hacer la revolución. Esto quiere decir como demostraremos en su momento, que la reforma está por necesidad sometida a límites; incluso cuando disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce como sucede en nuestro ordenamiento¹³¹, la posibilidad de reformas totales”.

En todo caso, esta fórmula para llegar a una Nueva Constitución por la vía de la reforma total en ejercicio del poder constituyente derivado, tiene una componente de *res factum*. Lo que la convierte en “nueva Constitución, no es ciertamente la naturaleza jurídica del poder constituyente que operó la reforma, sino un hecho político, *res factum*, consistente en el acuerdo de que es una “nueva Constitución. La fórmula en todo caso, encuentra precedentes en nuestra historia constitucional, como ya hemos señalado en este trabajo, en las dos Constituciones Políticas más importantes que han regido nuestra vida republicana, la Constitución de 1833 que culminó de un proceso iniciado explícitamente con el carácter de reforma a la Constitución de 1828, y la propia Constitución de 1925 también cuyo proceso de gestación se implementó con el carácter de "proceso de reforma a la Constitución de 1833".

Creemos que un apego a estos criterios interpelaría una aproximación más edificante de la centro derecha al proceso de cambio constitucional en

¹³¹ Se refiere al N° 1 del Artículo 168 de la Constitución Española de 1978 que posibilita expresamente la reforma total de la Constitución. 132 De Vega Pedro. La Reforma Constitucional. Ed. Tecnos 2011. Pag.69.

curso,¹³² sacándola de lo que ha sido su actitud de defensa numantina de la Constitución de 1980, olvidando incluso que la orientación de muchas de las reformas planteadas en estos años, estaban en línea con planteamientos que algunos de sus juristas formularon en la "Comisión de Estudios de la Nueva Constitución" que funcionó bajo el Gobierno Militar (a via de ejemplo, algunos de sus juristas fueron partidarios en el seno de esa Comisión, del sistema electoral proporcional) y olvidando, que al final del día, como se explicó en el capítulo pertinente, el General Pinochet y las Fuerzas Armadas, junto con pasar por encima de la mayoría del pueblo soberano de Chile al imponer la Constitución de 1980, obraron con manifiesta desconsideración, respecto de la derecha civil que le prestaba apoyo, durante el proceso de gestación de la Constitución de 1980. Tanto en el texto de sus disposiciones permanentes, como en el de sus disposiciones transitorias, hicieron finalmente tabula rasa, de muchos planteamientos de orden sustantivo, formulados por juristas de esa Comisión y particularmente por el Consejo de Estado que presidió el ex Presidente Jorge Alessandri.

En quinto lugar y en cualquier caso, nos parece que el cambio constitucional debería concluir con una aprobación referendaria por parte del pueblo, estableciéndose para estos efectos la obligatoriedad del voto.

2.- LA NUEVA CONSTITUCIÓN COMO NECESIDAD Y OPORTUNIDAD HISTÓRICA

Desde la perspectiva de los planteamientos formulados, creemos que llevar adelante el proceso constituyente puesto en marcha para elaborar una nueva Constitución Política de la República, independientemente, que al final del día esta surja del ejercicio del poder constituyente originario o derivado, corresponde hoy a una necesidad real que va más allá de la necesidad ordinaria de ejercer el

¹³² En el momento en que escribimos este trabajo los partidos de centro derecha y sus bancadas parlamentarias, han rechazado de plano la proposición de itinerario y apertura de proceso constituyente formulado por la Presidenta de la República.

poder de revisión Constitucional, para ir adecuando la realidad jurídica a una realidad política siempre cambiante.

En efecto, los gigantescos cambios políticos operados en el mundo y en Chile, en las cuatro décadas transcurridas desde el desplome de la institucionalidad democrática en 1973, son de una envergadura y una velocidad inédita en la historia.

Desde luego, el fin de la Guerra Fría y el desplome del Comunismo a fines del siglo pasado, con la gigantesca incidencia que ese contexto internacional tuvo, en el desarrollo y quebrantos de los procesos políticos de los países periféricos, incluido Chile.. Pero no menos importante que eso, son los cambios provocados por la explosión de la revolución de las comunicaciones, o el modo como se ha instalado el fenómeno de la globalización en el planeta, ha puesto en crisis a la democracia de una manera profunda y con resultados imprevisibles, abriendo incluso una interrogante sobre sus posibilidades de sobrevivencia a de 200 años de su surgimiento. En la práctica la democracia representativa sufre un deterioro que ha debilitado enormemente su condición de régimen político a través del cual el pueblo ejerce el derecho a autogobernarse.

Puesta en crisis en Europa por la corrupción, por la apatía electoral convertida crecientemente en reclamos antisistémicos y en América Latina empantanada en la corrupción, con la emergencia de populismos, envilecida por el marketing y el clientelismo político y directamente con signos de retroceso autoritario en algunos países.

La crisis de la democracia se ha instalado en Chile. Una creciente apatía electoral ha rebajado de manera dramática los umbrales de participación en los procesos electorales. Lo que, tras develarse un extendido sistema de financiación ilegal de la política, que ha puesto de manifiesto una relación inaceptablemente impropia entre dinero y política, ha devenido en un descrédito y

deslegitimación grave de la élite política y de las instituciones de la democracia, particularmente del parlamento, que de no revertirse llevará a una crisis de insospechadas consecuencias para el funcionamiento de nuestra democracia.

Ello sumado a que el proceso de continuas reformas constitucionales legislando por retazos, sin sentido sistémico, desde la transición, para ir perfeccionando nuestro sistema político y la necesidad de orientar un proceso de reformas que permitan la regeneración de nuestra democracia, constituyen un escenario que a nuestro juicio ponen a la orden del día el cambio constitucional, como una necesidad nacional urgente.

Por otra parte consideramos que junto a una necesidad de llevar adelante el cambio constitucional de modo que culmine en una nueva Constitución, el momento actual constituye una oportunidad histórica, para que, por primera vez en la historia de la república, se dicte una Constitución Política en un ejercicio inéditamente auténtico, democrático, y participativo del poder constituyente como expresión de la soberanía del pueblo.

Ya hemos consignado en el capítulo pertinente de este trabajo el contraste en el curso del desarrollo del constitucionalismo chileno, entre textos tempranamente apegados a los cánones del constitucionalismo liberal y democrático, con la opacidad de los procesos constituyentes que les dieron forma, incluido las dos Constituciones Políticas mas importantes de nuestra historia republicana, la de 1833 y la de 1925. Esta última en pleno siglo XX adquirió su legitimidad en una ratificación referendaria en que no votó, por estar hasta entonces excluido de su condición de ciudadanos, ni los analfabetos ni la mitad del pueblo soberano perteneciente al genero femenino.

Teniendo en cuenta que en semanas recientes culminó el proceso de consagrar efectivamente el sufragio universal, con la aprobación del voto de los chilenos que viven en el exterior, teniendo en cuenta, además, que después de 25

años se restableció un sistema electoral proporcional terminando con el sistema binominal, y teniendo en cuenta, en fin, que está en el parlamento un paquete legislativo destinado a establecer regulaciones sobre probidad y transparencia en el funcionamiento de la política, al país, a la ciudadanía, a sus representantes políticos, se les presenta una oportunidad histórica de abrir cauce a un proceso constituyente inédito en la historia de la república, en su participación, en su entidad y transparencia democrática, que dote a la Constitución Política de Chile de una legitimidad de origen, que no ha conocido hasta ahora ninguno de los textos constitucionales de nuestros dos siglos de historia republicana.

3.- SOBRE LA PARTICIPACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO

El debate constitucional, a nivel político, académico y que ha involucrado desde el 2011 en adelante a algunos sectores ciudadanos, ha estado fuertemente centrado en el tema del mecanismo.

A ese debate, que permanecerá abierto después del anuncio presidencial, toda vez que este no definió sobre la materia, subyacen dos controversias de distinta naturaleza.

Por una parte, el movimiento por la asamblea constituyente, tomó cuerpo, particularmente desde las movilizaciones estudiantiles del año 2011, a partir de la consideración de que se había instalado un “momento constitucional” que podía llegar a desencadenar el poder constituyente originario como *res factum*, sumado a una radical descalificación del parlamento como locus con legitimidad para tramitar una nueva Constitución.

Esta dimensión del debate quedó saldada cuando la Presidenta Bachelet, siendo candidata, comprometió en su Programa una nueva Constitución, por medio de “un proceso institucional, democrático y participativo.”

“Proceso institucional: El logro de una nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de real voluntad popular en el sentido de los cambios”¹³³

Sin embargo, por otra parte, el debate sobre el tema del mecanismo ha tenido que ver con distintas apreciaciones sobre el peso que debe tener en el proceso, la participación por la vía del ejercicio de formas de democracia directa, en relación a los órganos deliberativos de representación, concretamente el Congreso Nacional.

Esta dimensión del debate aun en curso tiene una dimensión doctrinaria y una dimensión política.

A nivel político se han planteado, como sustitutivas o complementarias a la deliberación del Congreso Nacional, diversas formas de democracia directa, particularmente fórmulas de representación funcional corporativa, como lo señala la historiadora Sofía Correa “desde una izquierda corporativista se ha propuesto la representación funcional para construir dicho organismo, como por ejemplo, representantes de indígenas, de mujeres, de estudiantes etcétera”¹³⁴

Por otra parte, ha cruzado el debate el tema del plebiscito como forma de ejercicio de democracia directa. Este debate tiene larga data en la doctrina y la academia. Desde que, aunque no fue la primera en consagrar el plebiscito, la Constitución de Weimar lo hiciera en 1919 gatilló un intenso debate, sobre la

¹³³ Chile de todos. Programa de Gobierno de Michelle Bachelet. 2014- 2018 pag. 35

¹³⁴ Correa Sutil, Sofía. Ensayo Cambio Constitucional desde el Congreso Nacional. En La Solución Constitucional editado por Fuentes y Joignant. 2015

incorporación del plebiscito en los sistemas parlamentarios, esta institución no ha dejado de ser objeto de un debate sobre su importancia, pertinencia y utilidad.

En el curso del debate constitucional chileno, se le ha sacralizado al nivel del fetichismo, por sectores partidarios de la Asamblea Constituyente, planteándolo como mecanismo de entrada del proceso como resorte legitimador de poner en movimiento el poder constituyente originario, y al final del proceso como mecanismo referendario de la nueva Constitución.

Por otra parte, hay aproximaciones, que sin desvalorizarlo como mecanismo de democracia directa, han puesto de manifiesto sus límites y las posibilidades de manipulación de que puede ser objeto.

Al sostener que el cambio constitucional debe verificarse por la vía de la reforma a la Constitución, en ejercicio del poder constituyente derivado, reformando previamente el Capítulo XV de la Constitución, nos estamos pronunciando claramente por que sea la deliberación del Congreso Nacional, por la vía de la representación democrática que inviste, la fuente de la nueva Constitución.

Sin embargo nos parece indispensable abrir cause con rigor y transparencia a formas de participación y de democracia directa en el proceso.

Nos parece en este plano muy atingente en el itinerario propuesto por la Presidenta, la organización de los cabildos. Sin embargo cuando hemos hablado de rigor y transparencia nos referimos a dos exigencias específicas.

La primera, que debe tratarse de instancias irreprochablemente pluralistas e incluyentes. Desde ese punto de vista, de ningún modo debería ser el Gobierno quien las organice y las reglas de su financiamiento, convocatoria, procedimientos, deberían ser parte del acuerdo mas global sobre procedimiento para el cambio constitucional, del que participen todos los sectores convocados al proceso, incluida naturalmente la oposición.

En segundo lugar, nos parece indispensable, por la envergadura y trascendencia del cambio constitucional que se pretende, mas aun si finalmente termina en una nueva Constitución, su ratificación referendaria por la ciudadanía con voto obligatorio.

Del mismo modo cuando hemos hablado de rigor y transparencia, creemos fundamental que la ciudadanía tenga claridad sobre la extensión y los límites que se ofrecen a su participación. La Presidenta ha hablado de "participación realmente incidente." Debería quedar claro para no caer en la demagogia, que la incidencia de la participación de los cabildos no significa, que sus deliberaciones y resoluciones tendrán poder vinculante. Bien llevadas pueden ser una contribución importante para la resolución del órgano deliberante. Sin embargo cualquier ambigüedad en esta materia se puede deslizar fácilmente por el terreno de la manipulación y la demagogia.

Finalmente, nos pronunciamos, que sea el Congreso Nacional elegido el 2017, con un sistema electoral sano, sin la ingerencia inaceptable que hemos conocido del dinero en las campañas políticas, convirtiendo a grupos empresariales en grandes electores, el que debe abordar el cambio constitucional. Será además el primer Congreso de nuestra historia republicana elegido por sufragio universal total, sin excluir a ningún chileno mayor de 18 años, al haberse consagrado el derecho a voto de los chilenos que viven en el exterior.

Nos parece importante dejar sentado, de que nuestra objeción implícita en el planteamiento anterior al déficit de legitimidad del actual Congreso, para abordar el cambio constitucional, no deviene de un juicio acerca de su legitimidad de origen, sino que, se sustenta en una consatación, de que el deterioro de un conjunto de prácticas políticas, han convertido específicamente al Congreso de la legislatura 2012- 2016 en el mas desacreditado, deslegitimado lindando con el repudio, de toda nuestra historia republicana.

Más que la distorsión del sistema binominal con que fue electo, buena parte de sus miembros, accede al escaño producto de su nominación como candidato, más que por el voto popular. En efecto, en un sistema sin competencia al interior de las listas, con distritos binominales que han tenido como resultado un 90% de empates en todas las elecciones verificadas hasta ahora, la configuración del parlamento queda resuelta antes de la elección cuando terminan de configurarse las listas.

Ello ha dado lugar a que los parlamentarios con fuerte influencia, cuando no con control directo de las cúpulas partidarias, hayan devenido en un sistema endogámico que tiende a autoreproducirse, lo que sumado a los gravísimos escándalos de financiamiento ilegal de las campañas que se han conocido, y a un envilecimiento marcado por el clientelismo en su relación con la ciudadanía y sus electores, lo que hace claramente aconsejable que sea el Congreso elegido el 2017 el que aborde el cambio constitucional y que este sea refrendado por la ciudadanía como condiciones necesarias de la legitimidad fundamental de que debe estar dotada la Constitución.

Obviamente el cuestionamiento formulado, no alcanza a la institución del Congreso Nacional, en cuanto institución permanente de la República y a no dudar el pilar de la democracia chilena desde los albores de la independencia. Como lo ha señalado la historiadora Sofia Correa al proponer radicar el proceso constituyente en el Congreso.

“No solo por que el Congreso Nacional es la institución más decisiva de la historia política chilena desde los tiempos de la Independencia, la que ha impulsado y canalizado los procesos de cambio asegurando las libertades públicas y la garantía de los derechos ciudadanos. En la medida que ha cobijado la representación de la más amplia diversidad política, social e ideológica, ha sido el espacio más eficaz para la manifestación de la complejidad de la sociedad

chilena. Solo las dictaduras han osado disolverlo para procurarse aquel margen de arbitrariedad que el Congreso Nacional no habría tolerado.¹³⁵

CONCLUSIÓN FINAL.

Se ha desarrollado en la primera parte de la tesis, un análisis sistemático del desarrollo constitucional chileno desde el primer Reglamento Constitucional del año 1811, dictado por el Primer Congreso Nacional, hasta la Constitución de 1925, incluyendo sus reformas mas importantes del año 1967. Y 1971.

El propósito que se ha buscado es demostrar que el constitucionalismo chileno hasta el quiebre institucional de 1973, se inspiró siempre en los principios fundamentales del constitucionalismo liberal y democrático en sus textos.

Se pone de relieve el elemento, de que independientemente de que los textos constitucionales, tuvieron en los inicios de la república y hasta avanzada su consolidación en el siglo XIX, un carácter nominal, fueron adquiriendo crecientemente un carácter normativo, y solo con dos breves interregnos, la vida de la república se desarrolló bajo su imperio.

Finalmente se concluye que si bien la práctica política y el funcionamiento del poder estatal no siempre se ajustaron al mandato de la normativa de los textos constitucionales, estos jugaron un papel fundamental en el desarrollo de la cultura democrática en el país.

Finalmente se pone de relieve los límites que tuvieron desde el punto de vista

¹³⁵ Sofia Correa obra citada.

sus procesos de gestación los textos constitucionales chilenos, incluida su Constitución mas avanzada que fue la de 1925 en el siglo XX, que fueron en la práctica elaborados, discutidos y aprobados con una participación efectiva muy precaria del pueblo soberano.

La segunda parte de la tesis, mediante de un análisis, de la matriz doctrinaria, del proceso constituyente y de la promulgación de la Constitución de 1980 y su contenido normativo, de que manera, esta comporta un quiebre fundamental con la doctrina y los principios democráticos que habían caracterizado el constitucionalismo chileno hasta 1973.

La tercera parte de la tesis, analiza el momento constitucional chileno, partiendo del hecho que el actual Gobierno ha abierto un proceso constituyente destinado a aprobar una nueva Constitución.

Desde el análisis de las distintas aproximaciones político doctrinarias que atraviesan el debate constitucional en curso, la tesis sostiene una perspectiva de que el cambio constitucional es innecesario e inconducente si se plantea desde una perspectiva “revolucionaria”, en cuanto su conclusión en una nueva Constitución, como se postula por algunos de sus impulsores, comporta en la sustitución del régimen político actual por otro.

Se postula en la tesis la necesidad del cambio, desde una perspectiva consensual en la perspectiva de culminar un largo y complejo proceso iniciado en la reforma de 1989, de reencontrar y reconciliar la Constitución chilena de una manera plena con los cánones del constitucionalismo democrático.

Se postula en coherencia con lo anterior que el cambio constitucional se verifique ejerciendo el derecho de revisión constitucional, en ejercicio del

poder constituyente derivado, por el Congreso Nacional por la vía de la reforma a la Constitución.

Finalmente se postula que el acuerdo político que debería sustentar la reforma y hacerla viable incluya darle el carácter de Nueva Constitución.

ÍNDICE

Portada.....	01
Resumen.....	02
Abstrac.....	03

PRIMERA PARTE

DESARROLLO CONSTITUCIONAL CHILENO DESDE LA INDEPENDENCIA EN 1810 HASTA EL GOLPE DE ESTADO DE 1973

Introducción.....	04
-------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO.

PERIODO CONSTITUCIONAL DE LA PATRIA VIEJA 1810-1813.....	09
--	----

1.- Reglamento Constitucional de 1811.....	09
--	----

2.- El Reglamento Constitucional de 1812.....	13
---	----

3.- Reglamento Constitucional de 1814.....	17
--	----

CAPÍTULO SEGUNDO.

PERIODO DE LOS ENSAYOS CONSTITUCIONALES.....	19
--	----

1.- Constitución de 1818.....	19
-------------------------------	----

2.- Constitución Política de 1822.....	23
--	----

3.- La Constitución de 1823.....	28
----------------------------------	----

4.- Constitución de 1828.....	30
-------------------------------	----

CAPÍTULO TERCERO.

PERIODO DE ORGANIZACIÓN DE LA REPÚBLICA-CONSTITUCIÓN DEL 1833 Y SUS MODIFICACIONES.....	36
--	----

1.- Antecedentes Históricos de su Gestación.....	36
--	----

2.- El Poder Constituyente en la Constitución de 1833.....	38
--	----

3.- Contenido de la Constitución de 1833.....	42
---	----

4.- Reformas a la Constitución de 1833.....	46
---	----

Conclusiones.....	53
--------------------------	----

CAPÍTULO CUARTO.

LA CONSTITUCIÓN DE 1925.....	55
------------------------------	----

1.- Antecedentes históricos de su gestación.....	55
--	----

2- El contenido normativo de la Constitución de 1925.....	58
---	----

3- Reformas a la Constitución de 1925.....	61
--	----

A MODO DE CONCLUSIÓN.....	68
----------------------------------	----

SEGUNDA PARTE

EL PROCESO CONSTITUCIONAL DESDE LA CONSTITUCION DE 1980.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, POLÍTICOS E INSTITUCIONALES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.....	77
---	----

CAPÍTULO 2.	
EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1980.....	81
CAPÍTULO 3.	
LEGITIMIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE Y DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.....	93
CAPÍTULO 4.	
EL QUIEBRE DOCTRINAL.....	105
1.-El quiebre doctrinal con el constitucionalismo democrático chileno hasta 1973.....	105
2.-La Doctrina de Seguridad Nacional.....	112
CAPÍTULO 5.	
CONTENIDO NORMATIVO.....	114
CAPÍTULO 6.	
LA CONSTITUCIÓN DE 1980 CON REFERENCIA A LAS CATEGORÍAS DE LOWENSTEIN.....	118
CAPÍTULO 7.	
LA REFORMA DE 1989 A LA CONSTITUCIÓN DE 1980.....	125
CAPÍTULO 8.	
LAS REFORMAS DEL 2005 A LA CONSTITUCIÓN DE 1980.....	139

TERCERA PARTE.

EL MOMENTO CONSTITUCIONAL CHILENO EL 2015

INTRODUCCIÓN.....	157
CAPÍTULO PRIMERO.	
ANTECEDENTES DEL PROCESO Y CARACTERÍSTICAS DEL MOMENTO CONSTITUCIONAL CHILENO EN CURSO EL 2015.....	160
CAPÍTULO SEGUNDO.	
EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE Y DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN.....	170
1.- El concepto de poder constituyente.....	171
2.- Características del poder constituyente.....	173
3.- Poder Constituyente originario y Poder constituyente derivado.....	174
4.- Nueva Constitución o Reforma Constitucional.....	175
5.- La Reforma Constitucional.....	176
CAPÍTULO 3.	
APROXIMACIONES AL MOMENTO CONSTITUCIONAL.....	177
1.- La Reforma a la Constitución.....	179
2.-Nueva Constitución y Asamblea Constituyente.....	189
3.-Cambio Constitucional para una Nueva Constitución.....	199
CAPÍTULO CUARTO	

¿Es Necesaria Y Posible Una Nueva Constitución?.....	203
1.-Porque esnecesaria una nueva Constitución.....	204
2.-La nueva Constitución como necesidad y oportunidad histórica.....	215
3.- Sobre la participación y la representación en el proceso.....	218
CONCLUSIÓN FINAL	223
Índice.....	224
Bibliografía.....	226

Bibliografía Consultada

"Declaración de profesores de Derecho de la Universidad Católica de Chile", Constitución de 1980, editorial Andrés Bello.

A. Roldán. Derecho Constitucional de Chile, Imp. Barcelona, 1917.

Ackerman, Bruce, La política del diálogo liberal, Barcelona, Gerisa, 1999.

Alessandri Rodríguez Fernando. En prólogo a Anales de la República, compilación de Luis Valencia Avaria, Editorial Andrés Bello, 1951.

Amunátegui, Gabriel. Manual de Derecho Constitucional.

Arturo Alessandri. "Discurso de proclamación como candidato presidencial". En Aldunate Raúl Ruido de sables, pp. 140-142.

Ascanio Cavallo, Manuel Salazar, Óscar Sepúlveda. La historia oculta del régimen militar.

Atria, Fernando. "La Constitución Tramposa y la responsabilidad del jurista. En: Nueva Constitución y momento Constitucional, Thomson and Reuters, 2014.

Atria, Fernando. "Opúsculo Sobre el Problema Constitucional y el Mecanismo Idóneo y Pertinente". En La Solución Constitucional, Editorial Catalonia, 2015.

Atria, Fernando. Entrevista Diario electrónico El Mostrador, 23 de abril de 2013.

Campos Harriet Fernando. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE CHILE. Editorial Jurídica de Chile, 1983.

Cardenas, Jaime. Proceso Constituyente y Constitución.

Carrasco Sergio, Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos, editorial jurídica de Chile, 2002.

Carrasco Sergio. Génesis y Vigencia de los textos constitucionales chilenos. Editorial jurídica de Chile, 2002.

Carrasco Sergio. Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos. Editorial Jurídica.

Carta de Diego Portales. Marzo de 1822. Citada por Collier Simon en Ideas políticas de la Independencia de Chile.

Cea, Egaña, José Luis. "Retrospectiva y Perspectiva del Constitucionalismo Chileno". En: Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. N° 12, diciembre 1991.

Collier, Simon, Ideas políticas de la independencia de Chile.

Cumplido, Francisco; Nogería Humberto. Teoría de la Constitución. Volumen 1.

De Vega, Pedro, La Reforma constitucional. Editorial Tecnos, 1985.

De Vega, Pedro. La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente. Tecnos, 1985.

Diario EL Mercurio, 21 de septiembre de 2005. Crónicas "denominación de la Constitución: abre debate entre juristas y parlamentarios.

Dieter Blumenwitz. "Conferencia sobre la legitimidad de la convocatoria al plebiscito ratificador de la Constitución de 1980". Dictada en la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Chile.

Discurso Cuenta Pública ante el Congreso Pleno de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, 21 de mayo de 2015.

Edwards, Alberto. LA FRONDA ARISTOCRATICA.

Egaña, José Luis. "RETROSPECTIVA Y PERPESTIVA DEL CONSTITUCIONALISMOS CHILENO". En: Revista de Derecho. Facultad de Derecho Universidad Austral.

EL PODER CONSTITUYENTE, discurso de Sergio Gaete inauguración de las NOVENAS JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO, 1978. La constitución de 1980, editorial Andrés Bello.

Ensayo "PERSPECTIVA DEL PROCESO INSTITUCIONAL EN CHILE" publicado en el N° 16 de 1980 de la Revista de la Academia Superior de Seguridad Nacional.

Ensayo publicado en La Solución Constitucional. Editores Fuentes y joignant. Ed. Catalonia Octubre 2015.

Fernando Atria. "Opúsculo, la constitución tramposa y la responsabilidad del jurista". En Nueva Constitución y momento constitucional, compilación de monografías, editorial Thomson Reuters.

Frei Montalva Eduardo "La evolución política chilena". Revista Zig-Zag, 1955.

Galdames, Luis. La Evolución Constitucional de Chile. Impr. Balcells, Santiago de Chile, 1925, Tomo 1.

Guerra José Guillermo. Temas Constitucionales, Ed. Universitaria, 1928.

Informe Programa para las Naciones Unidas, 2014.

J. Johnson. "La transformación política de América Latina" citado por Mario Verdugo.

Karl Lowenstein. Teoría de la Constitución.

La Aurora de Chile, 20 de agosto 1812. En: Carrasco, Sergio. Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales chilenos.

Legitimidad de origen de la Junta de Gobierno Discurso pronunciado por el Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile el 18 de Octubre de 1973. En: LA CONSTITUCIÓN DE 1980, Editorial Andrés Bello.

Orrego V. O'Higgins, vida y tiempo, p. 173. Citado por Verdugo M.

Revista Ercilla, agosto de 1975.

Ricardo Lagos, entrevista Reportaje, diario La Tercera, domingo 1° de noviembre de 2015.

Tomás de Aquino. Suma Teológica.

Valencia Avaria Luis. Anales de la República, Imprenta Universitaria, 1951.

Verdugo Marinkovic, Mario. "Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile". Revista de Derecho Público, N° 19-20, 1976.

Verdugo Mario. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Zagrebelsky, Gustavo. "La Constitución y sus normas". Citado por Cumplido Nogueira en Teoría de la Constitución, volumen 1.

Zúñiga, Francisco. "Poder Constituyente, derecho constitucional transitorio y controles". En: Nueva Constitución y momento Constitucional. Thomson and Reuters, 2014.

Zúñiga, Francisco. Coordinar Equipo Constitucionalista del programa de Gobierno de Michelle Bachelet.

Correa Sutil, Sofia. Ensayo Cambio Constitucional desde el Congreso Nacional. En La Solución Constitucional editado por Fuentes y Joignant. 2015

